

**Sygn. akt: KIO 1638/12**

## **WYROK**

**z dnia 10 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 r. przez **odwołującego** Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziejdzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa

### **orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Tanake Group sp. z o.o. ul. Puławska 426; 02-884 Warszawa

2. kosztami postępowania obciąża Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziejdzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa na rzecz Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziejdzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko kwotę 15.000,00 **zł** (słownie:

piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie

**Przewodniczący:**

### Uzasadnienie

Odwołujący składając odwołanie zarzucił naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był zakup wyposażenia stołówki w Nowa Dęba.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.04.2012r. pod poz.2012/S 82-134390.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”: art. 82.ust.3 ustawy zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Bowiem zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Tanake Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ( wykonawca wybrany) naruszył powyżej wskazane zasady.

W związku powyższym odwołujący zażądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący żądał także nakazania zatrzymania wadium wpłaconego przez wykonawcę wybranego oraz obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zamawiający według oceny odwołującego dokonując wyjaśniania czy uzupełniania dokumentów oferty wykonawcy wybranego naruszył przepisy ustawy dotyczące trybu udzielania wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów.

Odwołujący jak wskazuje w odwołaniu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty z pisma zamawiającego z dnia 19 lipca 2012r. Z pisma tego wynika, że oferta odwołującego jest prawidłowa i zamawiający przyznał jej 97 punktów.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy, ponieważ w wyniku badania i oceny ofert zamawiający na cztery złożone oferty pozostawił jako ważne dwie oferty w tym ofertę odwołującego. W ramach przyznawanej punktacji ofercie wybranej zamawiający przyznał 100 punktów a ofercie odwołującego przyznał 97 punktów. Przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W tym stanie rzeczy, jeżeli odwołujący uważa, że niesłusznie wybrano ofertę najkorzystniejszą bo z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy a odwołujący zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert to ma uzasadniony interes do wniesienia odwołania, ponieważ naruszenie przepisów podniesionych w odwołaniu naraża jego na szkodę poprzez niemożność uzyskania zamówienia.

O zamówienie ubiegało się czterech wykonawców, ale dwóch z nich oferty odrzucono z powodu sprzeczności treści ich ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty.

Zarzut nr 1

Zgodnie z siwz w pomieszczeniu 133 – przygotowalnia mięsa, zamawiający wymagał maszyny do formowania kotletów o następujących właściwościach: 2 komplety stalowych ostrzy po 44 tarcze w każdym walcu, urządzenie wyposażone w bieg wsteczny – przełącznik kierunku obrotu wałków. W złożonej ofercie wykonawca wybrany zaoferował urządzenie produkcji Avery Berkel model T 707. Odwołujący sformułował zarzut zaoferowania urządzenia, którego nie produkuje ten producent. Według wiedzy odwołującego producent Avery Berkel zajmuje się produkcją krajalnic i wag, a nie maszyn do formowania kotletów.

Izba ustaliła.

Z oferty wykonawcy wybranego wynika, że zaoferował w poz. 10 maszynę do formowania kotletów. Z opisu maszyny wynika, że jest między innymi wyposażona w wymagany bieg wsteczny („urządzenie wyposażone jest również w bieg wsteczny-przełącznik kierunku obrotu wałków.”) W tabeli ofertowej zamieszczono również następująca informację : T 707 Avery Berkel.

W dniu 5 lipca 2012r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentacji techniczno - ruchowej urządzeń lub kart katalogowych odnośnie zaoferowanych urządzeń równoważnych. W piśmie tym

zamawiający przywołał część VI ust.10 SIWZ zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane równoważne dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty równoważnej dokumentów określonych to jest dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń, kart katalogowych charakteryzujących parametry techniczne oferowanych materiałów równoważnych, potwierdzających, że zaproponowany asortyment posiada parametry nie gorsze od wymienionych w formularzu cenowym. Dalej w piśmie do wykonawcy wybranego, zamawiający wskazał, że wykonawca wybrany załączył do oferty karty katalogowe (opisy) zawierające parametry techniczne proponowanych urządzeń sporządzonych przez wykonawcę, a winny być to dokumenty wystawione tylko i wyłącznie przez producenta danego urządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 09.07.2012r. wykonawca wybrany za pismem przewodnim przesłał karty katalogowe oraz DTR producentów. W spornym zakresie wykonawca wybrany do pisma z dnia 09.07.2012r. załączył karty katalogowe Kotleciarki producenta INOXXI w tym trzy modele to jest: kotleciarka INOXXI T 404, kotleciarka INOXXI T 707, kotleciarka INOXXI T 707 ALU ROT. Przy czym z opisu parametrów technicznych nie wynika aby którakolwiek z nich była wyposażona w bieg wsteczny.

W dniu 17.07.2012r. zamawiający wystosował do wykonawcy wybranego kolejne pismo, tym razem na podstawie art.87 ust.1 ustawy, żądając wyjaśnień. Z treści tego pisma wynika, że odnosi się ono do pom.133 poz.10 maszyna do formowania kotletów tzw. kotleciarka. Odnosząc się do złożonej oferty zamawiający stwierdza, że wykonawca wybrany zaoferował urządzenie oznaczone symbolem T 707, podając producenta Avery Berkel. Natomiast wśród uzupełnionych dokumentów znajduje się karta katalogowa producenta kotleciarek INNOXI. Zamawiający w piśmie tym stwierdza, że maszyna do formowania kotletów nie jest wyposażona w bieg wsteczny (INNOXI T 707), a zamawiający wymagał tego parametru opisując przedmiot zamówienia. W związku z tym zamawiający wzywa do wyjaśnienia czy zaoferowana kotleciarka o symbolu T 707 może zostać dodatkowo wyposażona w funkcje biegu wstecznego i czy takie urządzenie zgodnie z wymogami zamawiającego zostanie dostarczone zamawiającemu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, pismem z dnia 18.07.2012r. wykonawca wybrany informuje, że kotleciarka T 707 produkowana jest przez firmę INOXXI (firma Uniscale jest także dystrybutorem urządzeń produkowanych przez firmę Avery Berkel, stąd zaistniała pomyłka), może być wyposażona w bieg wsteczny zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, na potwierdzenie czego w załączeniu przesyłamy pismo wyjaśniające wystawione przez firmę Uniscale, jako dystrybutora urządzenia na Polskę. Jednocześnie potwierdzający, że w przypadku wyboru oferty zostanie dostarczona zamawiającemu kotleciarka T 707 wyposażona w bieg wsteczny. Do pisma wyjaśniającego

wykonawca wybrany załączył pismo dystrybutora Uniscale, z którego wynika, że kotleciarka INOXXI 707 jest bez biegu wstecznego, ale na życzenie klienta może być wyposażona w bieg wsteczny.

Izba zważyła

Zarzut jest zasadny.

Zgodnie z wymogiem siwz maszyna do formowania kotletów ma być wyposażona w bieg wsteczny.

Na potwierdzenie równoważności oferowanej maszyny wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia zarówno dokumentacji techniczno ruchowej jak i karty katalogowej.

Takie są wymogi siwz.

Przy czym zamawiający jest zobowiązany wezwać do uzupełnienia brakujących dokumentów, co wynika wprost z brzmienia art. 26 ust.3 ustawy. W przedmiotowej sprawie brakującymi dokumentami były karty katalogowe i dokumentacja techniczno ruchowa. Bezspornym w sprawie jest, że na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany nie dostarczył dokumentacji techniczno ruchowej. Wobec nie wypełnienia wezwania zamawiającego wykonawca wybrany zostaje wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona w myśl art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z ust. 4 tegoż artykułu ustawy.

Interpretacja zamawiającego czyniona na rozprawie jako by wykonawca nie miał obowiązku dostarczenia zarówno DTR jak i karty katalogowej nie zasługuje na uwzględnienie wobec jednoznacznego zapisu siwz. Brzmienie Części VI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów , jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ust. 10 o treści : Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć 10.wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda inne: dokumentacja techniczno-ruchowa urządzeń, karty katalogowe charakteryzujące parametry techniczne oferowanych materiałów równoważnych, jest jednoznaczna. Tym bardziej, że innemu celowi służy dokumentacja techniczno-ruchowa a czemu innemu służy karta katalogowa urządzenia. Zamawiający nie ma prawa w toku postępowania, po złożeniu ofert zmieniać ustalonych przez siebie warunków specyfikacji. Takie postępowanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców zagwarantowaną w art. 7 ustawy, co słusznie podniósł odwołujący. W związku z powyższym już z tego powodu, to jest nie wykonania wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy wykonawca wybrany podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu o czym stanowi powyżej przywołany art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy w związku z ust.4 tegoż artykułu ustawy.

Ponadto wykonawca wybrany składając kartę katalogową producenta INOXXI dokonał nieuprawnionej zmiany oferty w zakresie obowiązującego formularza asortymentowo-

cenowego pom.133 poz. 10 maszyna do formowania kotletów, gdzie w ofercie podał model T 707 producent Avery Berkel a w związku ze złożoną kartą katalogową dokonał nieuprawnionej zmiany. Dokonanej zmiany nie można zakwalifikować do żadnego przypadku wyspecyfikowanego w art. 87 ust. 2 pkt od 1 do 3 ustawy. Bezspornie w sprawie ustalono, że producent Avery Berkley nie produkuje maszyn do formowania kotletów a jest producentem wag i krajalnic. Brak jakichkolwiek podstaw do zmiany producenta wymienionego w formularzu asortymentowo cenowym z Avery Berkley na INOXXI. Taka zmiana stanowiła by również naruszenie art. 87 ust.1 ustawy, na podstawie którego można żądać wyjaśnień, a nie zmieniać treści oferty. Bowiem wskazanie w ofercie producenta stanowi o treści oferty to jest o jej istotnym elemencie jakim jest przedmiot zamówienia a w szczególności sprecyzowanie marki producenta maszyny do formowania kotletów. Zatem dokonywanie w formularzu asortymentowo cenowym zmiany z Avery Berkley na INOXXI stanowiłoby nadużycie prawa co do treści złożonej oferty.

W związku z powyższym bezprzedmiotowe jest wyjaśnianie przez zamawiającego czy oferowana maszyna do formowania kotletów może być dodatkowo na życzenie zamawiającego wyposażana dodatkowo w bieg wsteczny.

Reasumując wykonawca wybrany na wezwanie zamawiającego nie dostarczył dokumentacji techniczno ruchowej a oferowanie po złożeniu oferty innej maszyny do formowania kotletów to jest innego producenta stanowi zmianę oferty w zasadniczym zakresie i jest nieskuteczne, a zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany odrzucić ofertę zgodnie z dyspozycją art.89 ust.1 pkt 2 ustawy co podnosił odwołujący.

#### Zarzut nr 2

Jako dodatkowy argument odwołujący podniósł zaoferowanie maszyny do zmywania nie spełniającej wymogu siwz co do wydajności płukania koszy/h. Podnosząc w tym zakresie sprzeczność treści oferty z treścią siwz i wnosząc o odrzucenie oferty wykonawcy wybranego z tego powodu.

Izba ustaliła.

Zgodnie z pozycją oznaczoną przez zamawiającego jako ZS 5 w ciągu technologicznym mycia mechanicznego naczyń zamawiający wymagał zmywarki tunelowej dwustanowiskowej z wydajnością przy strefie podwójnego płukania do 130 koszy /h. Wykonawca zaoferował urządzenie producenta Hobart, model CS-A-14. Na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany przesłał kartę katalogową zmywarki, z której wynika, że jej wydajność koszy /h wynosi nie jak w siwz do 130 koszy/h tylko 120 koszy/h.

Izba zważyła.

Zarzut zasadny.

Przy czym w ocenie Izby sformułowanie do 130 koszy/h w przedmiotowej sprawie należy rozumieć jako wymóg uzyskiwania 130koszy /h to jest ani poniżej ani powyżej. Nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia co wywodził na rozprawie zamawiający, że sformułowanie do 130 koszy/h można rozumieć również poniżej 130koszy/h. Wobec nie określenia braku tolerancji odstępstwa od 130 koszy/h zapis w siwz do 130 koszy/h należy rozumieć jako 130koszy/h. Innej interpretacji tak sformułowanego zapisu siwz dla równego traktowania wykonawców nie można wywieść na tle takiego zapisu siwz ( do 130 koszy/h).

Reasumując żądanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu zaoferowania zmywarki z niższą wydajnością koszy/h niż określona w siwz jest uprawnione.

W związku z powyższym podniesione zarzuty w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy potwierdziły się.

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art. 192 ust.2 ustawy zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przy obowiązującym jedynym kryterium ceny w związku z nakazaniem odrzucenia oferty wybranej, oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą a co ma wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 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. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł.

**Przewodniczący:**