

WYROK

z dnia 28 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie **28 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 grudnia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**S.**” **Sprzęt ratowniczy i szkolenia M.S., Łódź**

w postępowaniu pn. *Wzmocnienie potencjału służb ratowniczych na terenie gmin Parku Krajobrazowego Lasy nad Górną Liswartą poprzez doposażenie OSP w sprzęt i samochody ratowniczo-gaśnicze – zakup sprzętu dla jednostek OSP* (nr postępowania IŻ.271.122.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Herby**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża „S.” Sprzęt ratowniczy i szkolenia M.S. z Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** 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 2017 r. poz. 1579 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Herby prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na dostawy pn. *Wzmocnienie potencjału służb ratowniczych na terenie gmin Parku Krajobrazowego Lasy nad Górną Liswartą poprzez doposażenie OSP w sprzęt i samochody ratowniczo-gaśnicze – zakup sprzętu dla jednostek OSP.*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 listopada 2018 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 650316-N-2018.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 grudnia 2018 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PROTEKO sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach {dalej również: „Proteko”}.

17 grudnia 2018 r. Odwołujący „S.” Sprzęt ratowniczy i szkolenia M.S. z Łodzi {dalej również: „S.”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Proteko.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, polegające na ich niezastosowaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty Proteko, a w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy Proteko, wbrew postanowieniu z pkt 7 „Kask do pracy w wodzie” załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „SOPZ”}, zaoferował kaski o zakresie regulacji mniejszym niż wymagany tj. mniejszym niż 51-60 cm, co prowadzić powinno do wniosku, że treść jego oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Proteko jako niezgodnej z treścią SIWZ.
3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności wskazano, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na podstawie art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przed wyborem oferty jako najkorzystniejszej zamawiający zobowiązany jest do zbadania jej pod kątem istnienia ewentualnych podstaw do odrzucenia. Jedną we wspomnianych podstaw, uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 21 ustawy pzp jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Należy więc przyjąć, że na zamawiającym ciąży obowiązek merytorycznej oceny oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie, tj. przeanalizowania rzeczywistego zakresu przedmiotowego oferty i zestawienia ustalonej w ten sposób treści oferty z treścią opracowanej przez siebie dokumentacji postępowania. W wypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, oferta polegać powinna na odrzuceniu.

Jak podnosi się w orzecznictwie Izby (wyrok z 27 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2383/17): *O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom.*

Jak wspomniano w przytoczonym orzeczeniu, analiza treści oferty pod kątem zgodności z SIWZ musi mieć charakter merytoryczny, zamawiający zobowiązany jest zbadać, co w rzeczywistości i w jakim wymiarze ma zamiar zaoferować wykonawca, którego oferta podlega weryfikacji pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Podobnie wypowiedziała się Izba w innym orzeczeniu (wyroku z 16 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 206/18): *Niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia*

ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r. KIO 18/18). Jak już zaznaczono, negatywny wynik wspomnianego wyżej badania treści oferty, odpowiednio wykazany właściwymi postanowieniami SIWZ, skutkować powinien odrzuceniem oferty wykonawcy: Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia).

Odwołujący podsumował, że kontrola treści oferty pod kątem zgodności z SIWZ jest obowiązkiem zamawiającego, tak samo jak jego obowiązkiem jest odrzucenie tej oferty, gdy wynikiem wspomnianej kontroli będzie stwierdzony rozdzźwięk pomiędzy wymaganiami zamawiającego a oświadczeniem woli wykonawcy.

Zestawiając zaistniały stan faktyczny z obowiązującym stanem prawnym Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób klarowny określił swoje wymagania w zakresie kasków do pracy w wodzie, wskazując m.in. że zakres regulacji powinien wynosić 51-60 cm. Tymczasem, co – jak zapowiedział Odwołujący – zostanie wykazane na rozprawie, produkt wskazany w ofercie Proteko nie posiada wymaganego zakresu regulacji, co jest warunkiem *sine qua non* dla złożenia ważnej oferty. Konsekwencją powyższego powinno być odrzucenie oferty Proteko jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zamawiający w złożonej na posiedzeniu 28 grudnia 2018 r. odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający podał, że w pkt 7 załącznika nr 8 do SIWZ – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do kasku do pracy w wodzie wymagał: *Lekki kask przeznaczony do ratownictwa wodnego. Oslania czoło, skronie i uszy. Wygodna i prosta regulacja pozwala łatwo dopasować kask w zakresie 51-60 cm. Kask wyposażony jest także w otwory ułatwiające wypływ wody. Odpowiada europejskiej normie bezpieczeństwa CE EN 1385.*

Zamawiający stwierdził, że po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień w toku badania oferty ustalił, że Proteko zaoferowało kask do pracy w wodzie Typhoon, który zgodnie ze specyfikacją podaną przez tego wykonawcę spełnia wymagania SIWZ, w tym co do

możliwości dopasowania kasku w zakresie 51-60 cm.

Dodatkowo Zamawiający powołał się na samodzielnie przez siebie odnalezione ogłoszenie z portalu zakupowego Amazon, z którego wynika, że taki kask posiada możliwość regulacji w zakresie 51-60 cm oraz jest dostępny na rynku.

Pismem z 19 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał Proteko 17 grudnia 2018 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie jako wykonawca kwestionujący zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wykazał, że może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Brzmienie opisu przedmiotu zamówienia oraz oferty Proteko w odniesieniu do poz. 7 kask do pracy w wodzie było niesporne w sprawie i zostało adekwatnie przedstawione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

Izba stwierdziła, że istota sporu sprowadza się do kwestii, czy Proteko zgodnie

z rzeczywistym stanem rzeczy mogło zaoferować Zamawiającemu kask marki Typhoon o zakresie regulacji 51-60 cm.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co dokładnie i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty

ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. Oznacza to, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Oczywiste jest, że dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, niewystarczające jest powzięcie co do tego wątpliwości, które nie są poparte dowodami jednoznacznie na to wskazującymi.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Odpowiada to rozkładowi ciężaru dowodu wynikającemu z art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W postępowaniu odwoławczym, które zostało wywołane odwołaniem zawierającym zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego wybranej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją, ciężar wykazania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp spoczywa na wnoszącym odwołanie.

W tej sprawie, wbrew zapowiedzi zawartej w odwołaniu, Odwołujący nie był w stanie wykazać, że Proteko zaoferowało kask, który obiektywnie nie może posiadać regulacji w wymaganym wg. s.i.w.z. zakresie 51-60 cm.

Odwołujący przedstawił w tym celu wykonane 28 grudnia 2018 r. wydruki ze stron internetowych producenta Typhoon International {www.typhoon-int.co.uk} i jego polskiego dystrybutora Typhoon Polska L.N. z Warszawy {www.typhoonpolska.pl}, a także pochodzącą od tego ostatniego specyfikację produktu z 7 grudnia 2018 r., w których podano, że kask do sportów wodnych występuje w dwóch rozmiarach: S/M, o zakresie regulacji 54-58 cm, oraz L/XL, o zakresie regulacji 58-62 cm, z których żaden nie odpowiada zakresowi regulacji wymaganemu w tym postępowaniu.

Jednakże Odwołujący sam złożył również w poczet materiału dowodowego wyciąg z katalogu, jak sam oświadczył, zamieszczonego w postaci pliku w formacie pdf na powyżej wskazanej stronie internetowej producenta Typhoon, w którym dla tego samego kasku (na str. 64) podano, że występuje w dwóch rozmiarach, przy czym rozmiar S/M ma zakres regulacji 51-60 cm, czyli odpowiadający opisowi zamieszczonemu w załączniku nr 8 do SIWZ (szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia) dla poz. 7. Jednocześnie na wstępie katalogu (na str. 2) zamieszczono następujące zastrzeżenie: *Zawartość niniejszego katalogu jest prawdziwa w czasie, w którym jest drukowana, jednak zmiany produktów oraz przepisów*

prawa po wydrukowaniu katalogu mogą mieć wpływ na aktualność zawartych w nim informacji. Zawartość może się zmienić bez zawiadomienia. Typhoon International nie ponosi odpowiedzialności za aktualność informacji wydrukowanych i przechowywanych przez użytkownika.

Z przedłożonych przez samego Odwołującego dowodów wynika zatem jedynie tyle, że producent spornego kasku zmienił zakres regulacji oferowanych rozmiarów, gdyż z żadnego z przedstawionych dokumentów nie wynika, że oryginalny katalog zawierał błąd co do określenia zakresów regulacji, a kaski takie nie były nigdy produkowane.

W konsekwencji nie zostało dowiedzione przez Odwołującego, że obiektywnie Proteko nie mogło zaoferować kasków marki Typhoon o zakresie regulacji 51-60 cm, bo kaski w takim rozmiarze nie były nigdy produkowane. Wręcz przeciwnie, z przedstawionych przez Odwołującego dowodów wynika, że taki kask był oferowany przez producenta, który następnie wprowadził bez odrębnego uprzedzenia zmiany, zgodnie z poczynionym przez siebie zastrzeżeniem.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów wg norm przepisanych, gdyż według § 3 pkt 2 rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego podlegają zasądzeniu w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a żadne rachunki ze strony Zamawiającego nie zostały złożone.

Przewodniczący: