

Sygn. akt: KIO 1341/13

WYROK
z dnia 24 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **„IMPEX TRADE” Sp. z o.o., ul. Bytkowska 1b, 40-955 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Muzyczną im. Karola Lipińskiego, Pl. Jana Pawła II 2, 50-043 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Ada-Music Kręcichwost Sp. j., ul. Kopernika 25A, 43-502 Czechowice-Dziedzice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **„IMPEX TRADE” Sp. z o.o., ul. Bytkowska 1b, 40-955 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **„IMPEX TRADE” Sp. z o.o., ul. Bytkowska 1b, 40-955 Katowice** 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 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Akademia Muzyczna im. Karola Lipińskiego we Wrocławiu, Pl. Jana Pawła II 2 (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę krzeseł orkiestrowych i pulpity dla Akademia Muzyczna im. Karola Lipińskiego we Wrocławiu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 3 czerwca 2013 r., za pomocą faksu, zawiadomił wykonawcę „IMPEX TRADE” z siedzibą w Katowicach, ul. Bytkowska 1b (dalej: „odwołujący” lub „IMPEX-TRADE”) o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1 w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W piśmie zamawiający podał, że za najkorzystniejszą w postępowaniu w ramach zadania nr 1 została uznana oferta wykonawcy ADA-MUSIC Kręcichwost Sp.J. z siedzibą w Czechowicach – Dziedzicach (dalej: „przystępujący” lub „ADA-MUSIC”). W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zgodnie z siwz zamawiający wymagał regulacji podnóżków podczas, gdy zaproponowane przez odwołującego krzesło nie posiada takiej regulacji. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z kartą katalogową załączoną do oferty krzesło BAS-1A „Posiada podnóżki umocowane na różnych wysokościach” (stałych).

W dniu 5 czerwca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IMPEX-TRADE. Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 Pzp przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W treści odwołania IMPEX-TRADE zarzucał zamawiającemu w zakresie zadania nr 1 naruszenie art. 7 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz art. 91 i 92 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. uznanie za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 1 oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że oferta odwołującego spełnia wszelkie wymagania zamawiającego i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że jego oferta winna podlegać ocenie gdyż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) i jest ważna, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w zaproszeniu do złożenia oferty. Ofertę sporządzono zgodnie z siwz. Odwołujący podnosił, że zamawiający żadnymi zapisami siwz szczegółowo nie sprecyzował szeregu zapisów opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślał, że zamawiający odrzucił jego ofertę podczas, gdy nie doprecyzował rodzaju regulacji podnóżka, tak jak nie dopisał szeregu innych elementów tych krzesel. Odwoływał się do pojęcia słownika PWN, gdzie wskazano, że regulacja to: ujmowanie czego w pewne normy, doprowadzanie czegoś do prawidłowości nastawianie, wyrównywanie, wpływanie na prawidłowość czegoś. Odwołujący podkreślał, że zamawiający żadnymi zapisami siwz nie określił, że regulacja ma być płynna za pomocą dźwigni. Wyjaśniał, że w złożonej ofercie zaproponował nastawę podnóżka przedstawianą w 3 wysokościach, co stanowi o regulowanym podnóżku. Odwołujący wskazywał, że wymogi określone w siwz w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację. Ponadto zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty odwołującego w tym parametrze. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający wg swojego opisu spodziewał się regulacji płynnej, a nie przestawnej jak zaoferował IMPEX TRADE, to ten jeden parametr spornej pozycji krzesel należy obowiązkowo potraktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Ponadto informował, że po poprawce oferujemy krzesło danego producenta z płynną regulacją podnóżka (karta katalogowa w załączeniu). Zdaniem odwołującego jeżeli nawet jest to błąd, to można go poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - czego zaniechał zamawiający.

7 czerwca 2013 r. do Izby wpłynęło w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy ADA-MUSIC.

W dniu 24 czerwca 2013 r. do Izby - w formie faksu - wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwołującego. W toku rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie na piśmie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 3 załącznika nr 1 do siwz – Opis przedmiotu zamówienia dla zdania nr 1 – zamawiający sprecyzował następujące wymagania dla krzesła dla kontrabasisty:

Profesjonalne krzesło dla kontrabasisty -12 szt.:

1. wysokość odpowiednia dla kontrabasisty,
2. musi posiadać regulowany podnóżek lub regulowane podnóżki,
3. konstrukcja nośna krzesła, nogi oraz wspornik wykonane ze stali o wysokiej wytrzymałości,
4. pneumatyczna regulacja wysokości krzesła.

W treści ww. załącznika zamawiający wskazał, że wykonawca winien załączyć do oferty opisy i fotografie oferowanych krzesel i pulpitów.

W ofercie odwołującego na stronie 6 zawarto formularz cenowy dla zadania nr 1 – wypełniony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do siwz. W wierszu nr 3 „Krzesła dla kontrabasisty” w kolumnie „Specyfikacja szczegółowa (marka, model, parametry) odwołujący podał – ZM Concept, BAS-1A, parametry w karcie katalogowej. W karcie katalogowej (str. 20 – 22) w danych technicznych podano:

- w pkt 5 w rozdziale „Konstrukcja elementów nośnych siedziska” podano: „posiada podnóżki antypoślizgowe, umocowane na różnych wysokościach”,

- w rozdziale „Regulacje” brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących możliwości regulacji podnóżków.

Na stronie pierwszej karty katalogowej znajduje się fotografia przedstawiająca oferowane krzesło.

Wraz z odwołaniem IMPEX TRADE złożył nową kartę katalogową krzesła kontrabasisty BAS-1A, gdzie w danych technicznych w rozdziale „Regulacje” w dodanych 6 i 7 podano: „Regulacja wysokości ustawienia podnóżków”, „Dodatkowy podnóżek regulowany”.

W toku rozprawy przed Izbą odwołujący i zamawiający złożyli:

1. Pismo ZM Concept z dnia 14 czerwca 2013 r., w który wystawca oświadczył, że ceny

typów i wersji profesjonalnych krzesła dla kontrabasisty są jednakowe.

2. Kartę katalogową krzesła BAS-1A, gdzie na str. 3 karty zamieszczono zdjęcie obrazujące regulację podnóżków.
3. Opinię dr I..... O..... z dnia 21 czerwca 2013 r. w której opisano istotność regulacji podnóżków w krzesłach dla kontrabasistów.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba potwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy ADA-MUSIC.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezspornym jest, że zamawiający treścią załącznika nr 1 do siwz wymagał, aby zaoferowane krzesła posiadały regulowane podnóżki (pkt 3 ppkt 2). Po zbadaniu treści oferty

odwołującego w omawianym zakresie Izba stwierdziła, że zaoferował on krzesło ZM Concept typu BAS-1A, które nie posiada regulacji podnóżków, umocowanych na różnych wysokościach. Zgodzić się należy z zamawiającym, że zarówno z treści karty katalogowej zawartej na stronach 20-22 oferty jak również z żadnej innej treści siwz nie wynika spełnienie wymogu zamawiającego w obszarze regulacji podnóżków.

Natomiast nie sposób zgodzić się twierdzeniami odwołującego, który wywodził, z fotografii przedstawiającej krzesło - zawartej na pierwszej stronie karty katalogowej – wynika, że podnóżki są regulowane, gdyż widać na nim mocowania w postaci śrub.

Powyższe stoi w oczywistej sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, który zastrzegł, że podnóżki w krzesłach mają posiadać regulację. Wobec zaoferowania przez odwołującego krzesła bez ww. regulacji nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się

bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10*).

W odpowiedzi na odwołanie, co zostało również potwierdzone na rozprawie jak również w przedstawionej opinii, regulacja podnóżków miała dla zamawiającego istotne znaczenie. Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko zamawiającego i potwierdziła niemożliwość poprawienia przez zamawiającego oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie regulacji podnóżków, gdyż w takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia nadaniem ofercie odwołującego nowego kształtu, co należy uznać za niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła prawidłowe postępowanie zamawiającego, który dokonując badania oferty zwrócił uwagę na niezgodność oferty odwołującego z siwz. Podkreślenia również wymaga, że skoro zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w stosunku do treści oferty odwołującego to nie miał podstaw do występowania do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienia. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego w toku rozprawy Izba wskazuje, że pozostają one bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, gdyż w tym przypadku w treści odwołującego nie wystąpiła omyłka, którą można byłoby poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 91 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Akademia Muzyczna im. Karola Lipińskiego we Wrocławiu, Pl. Jana Pawła II 2 (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę krzeseł orkiestrowych i pulpity dla Akademia Muzyczna im. Karola Lipińskiego we Wrocławiu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 3 czerwca 2013 r., za pomocą faksu, zawiadomił wykonawcę „IMPEX TRADE” z siedzibą w Katowicach, ul. Bytkowska 1b (dalej: „odwołujący” lub „IMPEX-TRADE”) o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1 w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W piśmie zamawiający podał, że za najkorzystniejszą w postępowaniu w ramach zadania nr 1 została uznana oferta wykonawcy ADA-MUSIC Kręcichwost Sp.J. z siedzibą w Czechowicach – Dziedzicach (dalej: „przystępujący” lub „ADA-MUSIC”). W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zgodnie z siwz zamawiający wymagał regulacji podnóżków podczas, gdy zaproponowane przez odwołującego krzesło nie posiada takiej regulacji. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z kartą katalogową załączoną do oferty krzesło BAS-1A „Posiada podnóżki umocowane na różnych wysokościach” (stałych).

W dniu 5 czerwca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IMPEX-TRADE. Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 Pzp przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W treści odwołania IMPEX-TRADE zarzucał zamawiającemu w zakresie zadania nr 1 naruszenie art. 7 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 i 92 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

4. powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) z uwzględnieniem oferty odwołującego,
6. uznanie za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 1 oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że oferta odwołującego spełnia wszelkie wymagania zamawiającego i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że jego oferta winna podlegać ocenie gdyż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) i jest ważna, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w zaproszeniu do złożenia oferty. Ofertę sporządzono zgodnie z siwz. Odwołujący podnosił, że zamawiający żadnymi zapisami siwz szczegółowo nie sprecyzował szeregu zapisów opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślał, że zamawiający odrzucił jego ofertę podczas, gdy nie doprecyzował rodzaju regulacji podnóżka, tak jak nie dopisał szeregu innych elementów tych krzesel. Odwoływał się do pojęcia słownika PWN, gdzie wskazano, że regulacja to: ujmowanie czego w pewne normy, doprowadzanie czegoś do prawidłowości nastawianie, wyrównywanie, wpływanie na prawidłowość czegoś. Odwołujący podkreślał, że zamawiający żadnymi zapisami siwz nie określił, że regulacja ma być płynna za pomocą dźwigni. Wyjaśniał, że w złożonej ofercie zaproponował nastawę podnóżka przedstawianą w 3 wysokościach, co stanowi o regulowanym podnóżku. Odwołujący wskazywał, że wymogi określone w siwz w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację. Ponadto zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty odwołującego w tym parametrze. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający wg swojego opisu spodziewał się regulacji płynnej, a nie przestawnej jak zaoferował IMPEX TRADE, to ten jeden parametr spornej pozycji krzesel należy obowiązkowo potraktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Ponadto informował, że po poprawce oferujemy krzesło danego producenta z płynną regulacją podnóżka (karta katalogowa w załączeniu). Zdaniem odwołującego jeżeli nawet jest to błąd, to można go poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - czego zaniechał zamawiający.

7 czerwca 2013 r. do Izby wpłynęło w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy ADA-MUSIC.

W dniu 24 czerwca 2013 r. do Izby - w formie faksu - wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwołującego. W toku rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie na piśmie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 3 załącznika nr 1 do siwz – Opis przedmiotu zamówienia dla zdania nr 1 – zamawiający sprecyzował następujące wymagania dla krzesła dla kontrabasisty.

Profesjonalne krzesło dla kontrabasisty -12 szt.:

5. wysokość odpowiednia dla kontrabasisty,
6. musi posiadać regulowany podnóżek lub regulowane podnóżki,
7. konstrukcja nośna krzesła, nogi oraz wspornik wykonane ze stali o wysokiej wytrzymałości,
8. pneumatyczna regulacja wysokości krzesła.

W treści ww. załącznika zamawiający wskazał, że wykonawca winien załączyć do oferty opisy i fotografie oferowanych krzesel i pulpityw.

W ofercie odwołującego na stronie 6 zawarto formularz cenowy dla zadania nr 1 – wypełniony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do siwz. W wierszu nr 3 „Krzesła dla kontrabasisty” w kolumnie „Specyfikacja szczegółowa (marka, model, parametry) odwołujący podał – ZM Concept, BAS-1A, parametry w karcie katalogowej. W karcie katalogowej (str. 20 – 22) w danych technicznych podano:

- w pkt 5 w rozdziale „Konstrukcja elementów nośnych siedziska” podano: „posiada podnóżki antypoślizgowe, umocowane na różnych wysokościach”,

- w rozdziale „Regulacje” brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących możliwości regulacji podnóżków.

Na stronie pierwszej karty katalogowej znajduje się fotografia przedstawiająca oferowane krzesło.

Wraz z odwołaniem IMPEX TRADE złożył nową kartę katalogową krzesła kontrabasisty BAS-1A, gdzie w danych technicznych w rozdziale „Regulacje” w dodanych punktach 6 i 7 podano: „Regulacja wysokości ustawienia podnóżków”, „Dodatkowy podnóżek regulowany”.

W toku rozprawy przed Izbą odwołujący i zamawiający złożyli:

4. Pismo ZM Concept z dnia 14 czerwca 2013 r., w który wystawca oświadczył, że ceny

typów i wersji profesjonalnych krzesła dla kontrabasisty są jednakowe.

5. Kartę katalogową krzesła BAS-1A, gdzie na str. 3 karty zamieszczono zdjęcie obrazujące regulację podnóżków.
6. Opinię dr Ireny Olkiewicz z dnia 21 czerwca 2013 r. w której opisano istotność regulacji podnóżków w krzesłach dla kontrabasistów.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba potwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy ADA-MUSIC.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezspornym jest, że zamawiający treścią załącznika nr 1 do siwz wymagał, aby zaoferowane krzesła posiadały regulowane podnóżki (pkt 3 ppkt 2). Po zbadaniu treści oferty

odwołującego w omawianym zakresie Izba stwierdziła, że zaoferował on krzesło ZM Concept typu BAS-1A, które nie posiada regulacji podnóżków. Zgodzić się należy z zamawiającym, że zarówno z treści karty katalogowej zawartej na stronach 20-22 oferty, jak również z żadnej innej treści siwz, nie wynika spełnienie wymogu zamawiającego w obszarze regulacji podnóżków. Natomiast nie sposób zgodzić się twierdzeniami odwołującego, który wywodził, z fotografii przedstawiającej krzesło - zawartej na pierwszej stronie karty katalogowej – wynika, że podnóżki są regulowane, gdyż widać na nim mocowania w postaci śrub.

Powyższe stoi w oczywistej sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, który zastrzegł, że podnóżki w krzesłach mają posiadać regulację. Wobec zaoferowania przez odwołującego krzesła bez ww. regulacji nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia

zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10*).

W odpowiedzi na odwołanie, co zostało również potwierdzone na rozprawie jak również w przedstawionej opinii, regulacja podnóżków miała dla zamawiającego istotne znaczenie. Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko zamawiającego i potwierdziła niemożliwość poprawienia przez zamawiającego oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie regulacji podnóżków, gdyż w takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia nadaniem ofercie odwołującego nowego kształtu, co należy uznać za niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła prawidłowe postępowanie zamawiającego, który dokonując badania oferty zwrócił uwagę na niezgodność oferty odwołującego z siwz. Podkreślenia również wymaga, że skoro zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w stosunku do treści oferty odwołującego to nie miał podstaw do występowania do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienia. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego w toku rozprawy Izba wskazuje, że pozostają one bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, gdyż w tym przypadku w treści oferty odwołującego nie wystąpiła omyłka, którą można byłoby poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 91 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy,

orzeczone jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....