

Sygn. akt: KIO 1121/18

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **A. M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Prestige Sport A. M., ul. Leśna 10/46, 05-120 Legionowo** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - **Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie, ul. Dąbrowskiego 113, 41-500 Chorzów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup sprzętu sportowego na obiekty MORiS w Chorzowie” część nr 1

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy K. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą RING K. S., Krasiejów, ul. Młyńska 14, 46-040 Ozimek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia.**

2. kosztami postępowania w wysokości **11 222 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście dwadzieścia dwa złote i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie, ul. Dąbrowskiego 113, 41-500 Chorzów** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. M.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Prestige Sport A. M., ul. Leśna 10/46, 05-120 Legionowo** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego - **Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie, ul. Dąbrowskiego 113, 41-500 Chorzów** na rzecz wykonawcy - **A. M.** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Prestige Sport A. M., ul. Leśna 10/46, 05-120 Legionowo** kwotę w wysokości **11 222 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście dwadzieścia dwa złote i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **do wyroku z dnia 19 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1121/18**

Zamawiający – Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie, ul. Dąbrowskiego 113, 41-500 Chorzów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup sprzętu sportowego na obiekty MORiS w Chorzowie” część nr 1

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.04.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 551427-N-2018.

W dniu **29.05.2018** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy K. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą RING K. S., Krasiejów, ul. Młyńska 14, 46-040 Ozimek.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **04.06.2018** r. wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w Postępowaniu w zakresie części nr 1 i polegających na:

1.1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez K. S. (K. S.) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą RING K. S. (dalej jako „Ring” lub „Wykonawca”) oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz bezpodstawnemu wzywaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty w braku ustawowych przesłanek do skorzystania z tej instytucji,

2. Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

2.1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ring w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna w zakresie oferowanych Zamawiającemu produktów z wymaganiami określonymi w siwz,

2.2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wzywianie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w sytuacji, gdy brak było wątpliwości co do treści oferty, a złożone wyjaśnienie miały tylko i wyłącznie na celu zmianę treści oferty Wykonawcy,

2.3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez faktyczne prowadzenie negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty w zakresie oferowanego sprzętu sportowego prowadzących do niedopuszczalnej zmiany treści tej oferty,

2.4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia opisu i fotografii proponowanej siatki na kosze do koszykówki cynkowanej ogniowo, poprzez gdy Wykonawca w pierwotnej ofercie załączył kartę katalogową oferowanej siatki na kosze,

3. Z uwagi na powyższy zarzut Odwołujący wniósł o:

3.1. unieważnienie czynności oceny ofert,

3.2. nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę RING K. S.,

3.3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

4. Odwołujący ponadto wskazał, że:

4.1. przedmiotem Zamówienia są dostawy (CPV 37400000-2, 374120000-9),

4.2. ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.04.2018 roku, pod numerem 551427-N-2018.

## UZASADNIENIE

I. [warunki formalne odwołania]

1.1. O naruszeniu ww. przepisów prawa Odwołujący dowiedział się dnia 29.05.2018 r., kiedy to Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

1.2. Mając na uwadze powyższe, od dnia 29.05.2018 r. rozpoczyna się bieg 5 - dniowego terminu do złożenia odwołania, zakreślonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, który upływa dnia 04.06.2018 r. Niniejsze odwołanie składane jest zatem w przepisany terminie.

1.3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 r., nr 41, poz. 238 z późn.zm.) został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

1.4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy PZP, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego w dniu 04.05.2018 r. za pośrednictwem faksu oraz poczty elektronicznej.

## 2. [interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej]

2.1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego jest druga w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do odrzucenia oferty Ring, co umożliwi Odwołującemu pozyskanie zamówienia, a także osiągnięcie założonego przychodu i zysku z realizacji tego Zamówienia.

2.2. Tym samym zaskarżone czynności Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę wynikającą z nieuzyskania tego zamówienia oraz nieosiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

2.3. W konsekwencji Odwołujący ma interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej.

## 3. [uzasadnienie zarzutów odwołania]

[stan faktyczny]

3.1. Przedmiotem zamówienia jest zakup sprzętu sportowego na obiekty MORIS w Chorzowie. Szczegółowo przedmiot zamówienia został opisany w załączniku nr 1 do siwz - opisie przedmiotu zamówienia (dalej jako: „opz”).

3.2. W odniesieniu do części 1 Zamówienia, wymogi te kształtowały się następująco:

Pkt 14 - siatki na bramki o wym. 3x2m, gł. góra 1m, dół 1m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 15 - siatki na bramki o wym. 5x2m, gł. góra 1m, dół 1,5m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 16 - siatki na bramki o wym. 5x2m, gł. góra 1,3m, dół 1,6m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 18 - siatki na kosze do koszykówki na obręcze łańcuchowe, cynkowane ogniowo, posiadająca 12 zaczepów o grubości min. 3 mm

3.3. 2 kolei w pkt 1 siwz wskazano, że wykonawca jest obowiązany dołączyć do oferty opisy, fotografie proponowanego sprzętu sportowego.

3.4. Ring do swojej oferty załączył karty katalogowe, zawierające poglądowe rysunki oferowanych towarów, wraz z ich szczegółową specyfikacją. W odniesieniu do siatek na bramki o wymiarach: 3x2 (góra 1m), 5x2m (góra 1,3m), 5x2m (góra 1,6m) (tj. pkt 14-16 opz), Wykonawca przedłożył karty katalogowe, jednakże nie wpisał w nich wielkości oczek. Natomiast w odniesieniu do siatek na kosze do koszykówki (pkt 18 opz), w załączonej karcie katalogowej wskazał, że siatka do obręczy jest cynkowana galwanicznie.

3.5. W odpowiedzi na złożoną ofertę, Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem z dnia 11.05.2018 r. do złożenia wyjaśnień. W odniesieniu do pozycji 14-16 opz wskazał, że Ring nie podał wymiarów oczek do siatki, co jest konieczne do oceny oferty. W odniesieniu z kolei do pozycji nr 18, Zamawiający wskazał, co następuje; Zamawiający chciał siatki na obręcze cynkowane ogniowo, a Państwo zaproponowali galwanicznie. Prosimy o wyjaśnienia.

3.6. W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 14.05.2018 r., Ring odpowiedział, co następuje: ad 4-6 (tj. pozycje 14-16 opz) - rozmiar oczka 45x45mm. Ad 7

(obręcze do siatek): siatki na obręcze są cynkowane ogniowo, posiadają 12 zaczepów o gr. 3 mm (została przez pomyłkę pracownika do oferty załączona karta na siatkę cynkowaną galwanicznie).

3.7. W konsekwencji powyższej odpowiedzi, Zamawiający wysłał do Wykonawcy kolejne wezwanie, w którym wskazał, co następuje;

1. Pozycja nr 14 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 3x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.

2. Pozycja nr 15 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 5x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.

3. Pozycja nr 16 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 5x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.

3.8. Wykonawca w piśmie z dnia 18.05.2018 r. wskazał, co poniżej:

W odpowiedzi na pismo z dnia 16.05.2018 dotyczącego wyjaśnień wymiarowania siatki Poz. 14, 15, 16 (zał. 1 siwz) przesyłamy jako załącznik kartę z dokładnymi wymiarami proponowanych siatek. Jako załącznik przedstawił kartę katalogową (własne zgodnie z którą wymiar w świetle siatki to 40mm, wymiar w osiach to 44mm, a wymiar zewnętrzny to 48mm.

3.9. Z kolei pismem z dnia 21.05.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia opisu i fotografii proponowanej siatki na kosze do koszykówki cynkowanej ogniowo, co też Ring zrobił.

3.10. 29.05.2018 r. Zamawiający wybrał ofertę Ring jako ofertę najkorzystniejszą.

[aspekty prawne]

[sprzeczność oferty ring z treścią siwz]

3.11. W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy jest sprzeczna z treścią siwz. Jak przedstawiono powyżej, Zamawiający wymagał dostarczenia siatek na obręcze cynkowanych ogniowo, Wykonawca zaoferował natomiast siatki cynkowane galwanicznie. Zamawiający wymagał też oczek siatek o wymiarach 4x4cm, natomiast zaoferowano mu oczka 4,5x4,5cm.

3.12. Jak wskazał Odwołujący w uchwale z 18.09.2014 r. (KIO/KD 79/14) KIO wskazała, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 PrZamPubl.

3.13. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.

3.14. Oświadczenia Wykonawcy zawarte w kartach katalogowych załączonych do oferty stanowią treść tej oferty. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 23.08.2011 r. (sygn. akt KIO 1690/11), zgodnie z którym Podanie w ofercie lub kartach katalogowych urządzeń nieposiadających wymaganych cech lub parametrów kwalifikuje się jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr. 113, poz. 759 ze zm.).

3.15. Zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia, że Wykonawca zmienił swoje oświadczenie woli wskazując, że jego pracownik przypadkowo załączył niewłaściwą kartę katalogową. Błędy pracowników obciążają Wykonawcę, a skoro Wykonawca złożył oświadczenie woli określonej treści, to jest tym oświadczeniem związany.

3.16. Także w zakresie wielkości oczek, wykonawca złożył oświadczenie, iż oczka mają wymiar 45x45mm. Tym samym, jego późniejsze tłumaczenia nie mają znaczenia dla poprawności jego oferty. Jest to tym bardziej jaskrawe, że w późniejszym piśmie Wykonawca wskazał, że w zależności od tego, jak liczone są wymiary siatki, oczko ma wymiar 40, 44 lub 48mm. Żaden z wymiarów nie odpowiada jednak wymiarowi wcześniej wskazanemu, tj. 45mm. Potwierdza to więc, że Wykonawca w istocie zaoferował przedmiot sprzeczny z treścią siwz, a jedynie następnie próbował „sanować” swoje czynności, odpowiednio dopasowując swoją ofertę do wymagań siwz.

3.17. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferta Ring jako oferta sprzeczna z treścią siwz podlega odrzuceniu.

[negocjacje treści oferty]

3.18. W ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego jest rażącym naruszeniem zasady określonej w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, zakazującej Zamawiającemu negocjacji z wykonawcami.

3.19. Jako wskazuje się w orzecznictwie, w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp ukształtowano zasadę, która jest zasadą nadrzędną i jednym z ważniejszych instrumentów zachowania

przejrzystości postępowania i zachowania uczciwej konkurencji, bardzo podkreślaną też w orzecznictwie trybunału Sprawiedliwości UE (por. wyrok KIO z 14.11.2014 r., sygn. akt KIO 2238/14).

3.20. Zamawiający dwukrotnie wprost zasugerował zmianę treści oferty. W pierwszej kolejności wskazując, że Zamawiający chciał siatki na obręcze cynkowane ogniowo, a Państwo zaproponowali galwanicznie. Następnie, Zamawiający wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm.

3.21. W ocenie Odwołującego na pierwszy rzut oka widać, że wykonawca zaoferował przedmiot niezgodny z przedmiotem zamówienia oczekiwanym przez Zamawiającego. Powyższe jest oczywiste i nie wymaga wyjaśnień, bowiem w żadnym wypadku obręcze cynkowane ogniowo nie są cynkowane galwanicznie, ani na odwrót. Są to technologie rozłączne.

3.22. Cynkowanie ogniowe odbywa się poprzez zanurzenie przygotowanego do tego procesu wyrobu w rozgrzany do temperatury ciekłej cynku. Wynikiem takiej kąpeli jest utworzenie grubej warstwy cynku zarówno z zewnątrz jak i wewnątrz wyrobu. Wyrób cynkowany ogniowo ma bardzo dobre zabezpieczenie antykorozyjne.

1.8. Produkty cynkowane galwanicznie charakteryzują się bardzo gładką jednolitą, ale przy tym cienką powłoką cynkową. Powłoka naniesiona w sposób galwaniczny pozbawiona jest zgrubień dzięki czemu wyroby ocynkowane galwanicznie wyglądają ładnie pod powłoką farby proszkowej. Warstwa cynku jest cieńsza niż powłoka uzyskana poprzez cynkowanie ogniowe a uzyskane zabezpieczenie antykorozyjne jest mniej trwałe.

1.9. Tym samym nie można uznać, że korespondencja z Wykonawcą faktycznie stanowiła wyjaśnienia treści oferty. Jak wskazuje się w doktrynie, wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznana za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 87 ust. 1 zd. 2 (Nowicki J.E., Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. III, opublikowano: WKP 2018).

1.10. Cytując za wyrokiem KIO z dnia 23.08.2017 r. (sygn. akt KIO 1636/17), Zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do



zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta.

1.11. Zdaniem Odwołującego wielokrotne dopytywanie Wykonawcy o parametry zaofferowanych produktów, z jaskrawym wskazywaniem mu, że oferowane przez niego produkty nie spełniają wymogów siwz i dopuszczenie ostatecznie złożenie oświadczenia woli o treści innej niż złożone pierwotnie w ofercie, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

[negocjacje treści oferty]

1.12. W konsekwencji za uzasadniony należy też uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Nie zaszyły bowiem przesłanki do zastosowania tego przepisu, a jego zastosowanie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez wykonawcę K. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RING K. S. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. We wniesionym odwołaniu podniósł zarzuty zmierzające do odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę K. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RING K. S., jak również dowody z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia w ramach części pierwszej postępowania jest dostawa sprzętu sportowego obejmującego m.in. siatki osłonowe sportowe do bramek, jak również metalowe siatki na obręcz kosza do gry w koszykówkę.

Zamawiający w treści SIWZ w Części I zatytułowanej „Opis przedmiotu zamówienia oraz rozwiązania równoważne dotyczące przedmiotu zamówienia” wskazał, że opis przedmiotu zamówienia dla każdej części określony jest w załączniku nr 1 do SIWZ. Ponadto w zamieszczonej poniżej ww. informacji uwadze w pkt 1 wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty: - opisy, fotografie proponowanego sprzętu sportowego.

W załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia dla części 1” Zamawiający wskazał, co następuje:

W pozycjach 14 – 16 (siatka na bramki o wymiarach 3x2 m, 5x2 m oraz 5x2 m) Zamawiający wymagał aby posiadały one oczka o wymiarach 4 x 4 cm. W pozycji nr 18 – siatki na kosze do koszykówki na obręcz łańcuchowe wskazał, że powinny one być cynkowane ogniowo.

W odniesieniu do części 1 Zamówienia, wymogi te kształtowały się następująco:

Pkt 14 - siatki na bramki o wym. 3x2m, gł. góra 1m, dół 1m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 15 - siatki na bramki o wym. 5x2m, gł. góra 1m, dół 1,5m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 16 - siatki na bramki o wym. 5x2m, gł. góra 1,3m, dół 1,6m, grubość sznurka siatki min. 4mm, oczka 4cmx4cm, bezwęzłowa, kolor zielony

Pkt 18 - siatki na kosze do koszykówki na obręcze łańcuchowe, cynkowane ogniowo, posiadająca 12 zaczepów o grubości min. 3 mm

W treści formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców m.in. następujących oświadczeń:

- *Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zawarte w niej wymagania oraz warunki zawarcia umowy przyjmuję bez zastrzeżeń (pkt 1 formularza ofertowego);*

- *Oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się, w przypadku wybrania naszej oferty, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego (pkt 6 formularza ofertowego).*

Wykonawca K. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RING K. S. (dalej „Ring”) w złożonej ofercie załączył karty katalogowe, zawierające poglądowe rysunki oferowanych towarów, wraz z ich szczegółową specyfikacją. W odniesieniu do siatek na bramki o wymiarach: 3x2 (góra 1m), 5x2m (góra 1,3m), 5x2m (góra 1,6m) (tj. pkt 14-16 opz), W złożonych wraz z ofertą kartach katalogowych wykonawca RING nie wpisał wielkości oczek oferowanej siatki. Natomiast w odniesieniu do siatek na kosze do koszykówki (pkt 18 opz), w załączonej karcie katalogowej wskazał, że siatka do obręczy posiada cynkowanie galwanicznie.

Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę pismem z dnia 11.05.2018 r. do złożenia wyjaśnień. W odniesieniu do pozycji 14-16 opz wskazał, że Ring nie podał wymiarów oczek do siatki, co jest konieczne do oceny oferty. W odniesieniu z kolei do pozycji nr 18, Zamawiający wskazał, co następuje: *Zamawiający chciał siatki na obręcze cynkowane ogniowo, a Państwo zaproponowali galwanicznie. Prosimy o wyjaśnienia.*

W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 14.05.2018 r., Ring odpowiedział, co następuje: ad 4-6 (tj. pozycje 14-16 opz) - rozmiar oczka 45x45mm. Ad 7 (obrzecze do siatek): siatki na obręcze są cynkowane ogniowo, posiadają 12 zaczepów o gr. 3 mm (została przez pomyłkę pracownika do oferty załączona karta na siatkę cynkowaną galwanicznie).

W konsekwencji powyższej odpowiedzi, Zamawiający wysłał do Wykonawcy kolejne wezwanie (datowane na dzień 16.05.2018 r.), w którym wskazał, co następuje;

1. Pozycja nr 14 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 3x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.
2. Pozycja nr 15 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 5x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.
3. Pozycja nr 16 (zał. nr 1 do siwz) siatki na bramki o wym. 5x2m – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający chciał ww. siatki na bramki o oczkach 4cmx4cm. Państwo w wyjaśnieniach podają 45mmx45mm. Czy podtrzymujecie Państwo swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018 r.

Wykonawca w piśmie z dnia 18.05.2018 r. wskazał, co następuje.

W odpowiedzi na pismo z dnia 16.05.2018 dotyczącego wyjaśnień wymiarowania siatki poz. 14, 15, 16 (zał. 1 siwz) przesyłamy jako załącznik kartę z dokładnymi wymiarami proponowanych siatek. Jako załącznik przedstawił kartę katalogową, zgodnie z którą wymiar w świetle siatki to 40mm, wymiar w osiach to 44mm, a wymiar zewnętrzny to 48mm.

Z kolei pismem z dnia 21.05.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia opisu i fotografii proponowanej siatki na kosze do koszykówki cynkowanej ogniowo. Wykonawca RING uzupełnił kartę katalogową, w której jako sposób zabezpieczenia siatki do obręczy kosza wskazano „cynkowanie ogniowe”.

W dniu **29.05.2018** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy K. S. prowadząca działalność pod firmą RING K. S., Krasiejów, ul. Młyńska 14, 46-040 Ozimek.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do

przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do postanowień SIWZ, stanowiska Zamawiającego prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, stanowiska Odwołującego zawartego w treści odwołania oraz prezentowanego na rozprawie, jak również konstrukcji oferty wykonawcy RING należy poddać ocenie, jakie znaczenie w ramach przedmiotowego postępowania miały karty katalogowe załączone do oferty przez tego ostatniego wykonawcę.

Zgodnie z oświadczeniem samego wykonawcy RING, złożonego w toku postępowania w ramach wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny, co zostało również potwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego, wykonawca RING jest producentem oferowanych produktów (siatek na bramki oraz siatki metalowej do obręczy kosza).

Poddając analizie postanowienia SIWZ należy wskazać, że Zamawiający wymagał dołączenia do oferty: opisów i fotografii proponowanego sprzętu sportowego. Tym samym wykonawca RING składając karty katalogowe, co istotne, produkowanego przez siebie sprzętu sportowego, zawarł swoje oświadczenie woli nie tylko w samym formularzu oferty, lecz doprowadził do tego, że karty te stały się immanentną częścią jego oferty składającą się na całość oświadczenia woli, którym oferta jest w procesie oferowania. Mamy zatem w tym wypadku do czynienia z klasycznym oświadczeniem woli ujętym w szeregu dokumentów zawierających istotne przedmiotowo postanowienia przyszłej umowy (*essentialia negotii*). Na to oświadczenie woli składają się elementy zawarte w treści formularza ofertowego (w tym wypadku oświadczenia o zaakceptowaniu postanowień SIWZ i postanowień przyszłej umowy, jak również cena sumaryczna za cały przedmiot dostawy) ale również parametry oferowanych produktów (zawarte w kartach katalogowych dane odnoszące się do metod i technologii ich wykonania, materiałów, zgodności z odpowiednimi normami, kolorystyki, czy wreszcie, jak w przypadku siatki metalowej do obręczy kosza, sposobu ich zabezpieczenia antykorozyjnego). Wszakże w treści formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wykonawcy składali oświadczenia, że:

- *Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zawarte w niej wymagania oraz warunki zawarcia umowy przyjmuję bez zastrzeżeń* (pkt 1 formularza ofertowego);

- *Oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się, w przypadku wybrania naszej oferty, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego* (pkt 6 formularza ofertowego).

Zatem dokumenty te należy w całości traktować jak treść oświadczenia woli wykonawcy RING składającego się na treść jego oferty. Obowiązek zbadania przez Zamawiającego zgodności treści oferty z treścią SIWZ i obowiązek złożenia przez wykonawcę oferty odpowiadającej treści SIWZ mają swoje źródło w regulacji art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Pierwszy z tych przepisów jest skierowany nie tylko do podmiotu zamawiającego, ale również do samych wykonawców. Ten drugi zaś zawiera w sobie jednocześnie sankcję obejmującą obowiązek odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Po drugie należy wskazać, że Zamawiający nie przez przypadek wymagał dla siatek na bramki wielkości oczek na poziomie 40 mm, gdyż jak stwierdził na rozprawie siatki te będą montowane na boiskach typu „Orlik” i innych boiskach zewnętrznych – a zatem wielkość oczek na poziomie 40 mm ma uniemożliwiać dzieciom wspinanie się na elementy wyposażenia tych boisk po zamawianych w tym postępowaniu siatkach.

W zakresie wymiarów oczek siatki oferowanej przez wykonawcę RING wskazać należy, iż w pierwotnej treści oferty brak było oświadczenia woli w tym przedmiocie. Po dokonaniu wezwaniu wykonawca RING wskazał wymiary oczek na poziomie 45 mm, co było niezgodne z treścią SIWZ. Po kolejnym wezwaniu wykonawca RING złożył załącznik nr 1 do karty katalogowej zawierającej rysunek, z którego wynika, że oferowana siatka polipropylenowa o grubości splotu 4 mm posiada następujące wymiary:

- wymiar zewnętrzny – 48 mm;
- wymiar w świetle – 40 mm;
- wymiar w osiach – 44 mm.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego prezentowanym na rozprawie jeden z wymiarów (wymiar w świetle) odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w treści SIWZ. Jednakże nie sposób zgodzić się w tym wypadku z argumentami Zamawiającego, prezentowanymi na rozprawie, że wzywaniem do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma odbywać się do skutku celem uzyskania pożądanego oświadczenia wykonawcy w kontekście zgodności jego oferty z treścią SIWZ. Otóż pierwszym wnioskiem jaki nasuwa się z analizy korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą RING jest uznanie, że wykonawca ten nie posiadał wiedzy, co do postanowień SIWZ odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Choć w niektórych wypadkach można byłoby uznać za dopuszczalne, w przypadku braku wskazania wymiarów oczek w pierwotnej ofercie, samodzielne uzupełnienie tego braku przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to prowadzenie w tym zakresie wielokrotnych negocjacji i niejako „naprowadzanie” wykonawcę na właściwe oświadczenie jest stanowiskiem zbyt daleko

idącym. Otóż Zamawiający nie mógł powziąć wątpliwości w tym zakresie, gdyż oferta wykonawcy RING w zakresie wielkości oczek siatki nie zawierała żadnego oświadczenia. W tym zakresie jedynym właściwym trybem byłoby „uzupełnienie” tego braku przez zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaś podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy w tym zakresie do złożenia wyjaśnień.

Tym samym na skutek wyboru przez Zamawiającego niewłaściwego trybu konwalidacji w tym zakresie oferty wykonawcy RING doszło do złożenia oświadczenia pozostającego w jawnej sprzeczności z wymaganiami ujętymi w treści SIWZ (załącznik nr 1 – opis przedmiotu zamówienia dla części 1). Złożenie takiego oświadczenia przez wykonawcę nie pozwalało na podejmowanie dalszych prób konwalidacji złożonej oferty, gdyż na przeszkodzie temu stała regulacja ujęta w treści art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z ww. regulacją *„Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...)”*.

W ocenie Izby w tym zakresie mieliśmy do czynienia właśnie z takimi negocjacjami, co skłania do podzielenia argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej. Zgodzić się również należy ze stanowiskiem Odwołującego prezentowanym na rozprawie, że Zamawiający „naprowadzał” wykonawcę na właściwą treść jego oświadczenia, tak aby doprowadzić do jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Otóż jak wcześniej zostało wskazane powyższe działania prowadzą do wniosku, że wykonawca RING nie zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego i nie znał ich treści. Jest to o tyle istotne, że w procesie składania oferty mamy do czynienia nie z oświadczeniami wiedzy, lecz oświadczeniami woli, które stanowią odpowiedź na ogłoszenie o zamówieniu uzupełnione szczegółowymi danymi w treści SIWZ i załączników do niej (w tym w dokumentacji zawierających opis przedmiotu zamówienia). Zawarcie umowy w drodze przyjęcia oferty zostało w zasadniczy sposób uregulowane w przepisach ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity z 2017 r. poz. 459 z późn. zm. - Dział II zawarcie umowy). Z postanowień tego działu wynika, że przyjęcie oferty ma miejsce wówczas, gdy doszło do akceptacji (a więc wcześniej zapoznania się z treścią postanowień przetargu) z postanowieniami przyszłej umowy. Tym samym warunkiem uznania, że doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli w procesie ofertowania, jest pewność, że u drugiej strony istnieje nie tylko wola zawarcia umowy, lecz została ona dodatkowo poprzedzona zaznajomieniem się przyjmującego ofertę z jej warunkami. W tym wypadku wykonawca RING nie posiadał dostatecznej wiedzy na temat wymagań Zamawiającego, nie tylko na etapie składania oferty, lecz również na etapie wyjaśniania jej treści.

Potwierdzeniem braku takiej wiedzy, a zatem i w konsekwencji, brakiem woli zawarcia umowy na warunkach zaproponowanych przez Zamawiającego było złożenie przez wykonawcę RING oświadczenia woli w odniesieniu do siatki metalowej do obręczy o treści

niezgodnej z treścią SIWZ (w odniesieniu do metody wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego – karta katalogowa odnosząc się do siatki metalowej do obręczy).

Odnosząc się do samego wymogu zawartego w SIWZ należy wskazać, że nie ulega wątpliwości, iż obie metody zabezpieczania powierzchni metalicznych cynkiem różnią się między sobą, zarówno samym procesem nakładania, jak również jego efektami. Jak wskazał Odwołujący są to technologie rozłączne. W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że: *Cynkowanie ogniowe odbywa się poprzez zanurzenie przygotowanego do tego procesu wyrobu w rozgrzany do temperatury ciekłej cynku. Wynikiem takiej kąpeli jest utworzenie grubej warstwy cynku zarówno z zewnątrz jak i wewnątrz wyrobu. Wyrób cynkowany ogniowo ma bardzo dobre zabezpieczenie antykorozyjne. Produkty cynkowane galwanicznie charakteryzują się bardzo gładką jednolitą, ale przy tym cienką powłoką cynkową. Powłoka naniesiona w sposób galwaniczny pozbawiona jest zgrubień dzięki czemu wyroby ocynkowane galwanicznie wyglądają ładnie pod powłoką farby proszkowej. Warstwa cynku jest cieńsza niż powłoka uzyskana poprzez cynkowanie ogniowe a uzyskane zabezpieczenie antykorozyjne jest mniej trwałe.*

Powyższym twierdzeniom nie zaprzeczył Zamawiający, zaś Izba kierując się doświadczeniem życiowym przyjęła to stanowisko za zgodne z powszechnie dostępną wiedzą.

Mając na uwadze powyższe konwalidacja złożonej przez wykonawcę RING oferty był w tym konkretnym wypadku niedopuszczalna. Z całokształtu zdarzeń mających miejsce w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania wynika, że wykonawcy RING nie zapoznał się w sposób dostateczny z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nawet sugestia Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 11.05.2018 r. (pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień) nie poskutkowało złożeniem oświadczenia woli zgodnego z treścią SIWZ w zakresie wymiarów oczek siatki. Powyższe ustalenia należy również przenieść na znajdujące się pierwotnie z treści oferty oświadczenie w zakresie wyboru metody cynkowania siatki do obręczy, które nie odpowiadało swoją treścią wymaganiom Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż w tych konkretnych okolicznościach, Zamawiający nie miał podstaw do wyboru oferty wykonawcy RING jako najkorzystniejszej, co doprowadziło do naruszenia przez niego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.



Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....