

Sygn. akt: KIO 1219/17

WYROK

z dnia 03 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o., (ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (Juzistek 2, 05-131 Zegrze)**

przy udziale wykonawcy **P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe "SEA" P. B. (ul. Norbertańska 3, 09-402 Płock)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (Juzistek 2, 05-131 Zegrze)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o., (ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała)**,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (Juzistek 2, 05-131 Zegrze)** na rzecz Odwołującego **Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o., (ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała)** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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

Zamawiający – Skarb Państwa 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup i dostawa materiałów budowlanych. Odwołujący Metalzbyt- Hurt Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2) p.z.p; zaniechania zastosowania art. 87 ust. 1 p.z.p w postaci braku powtórnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców; art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, polegające na niewezwaniu ponownie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, podczas gdy oczywistym było, iż pierwotne wyjaśnienia złożone omyłkowo dotyczyły poz. 74, podczas gdy Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 75, czego skutkiem było nieosiągnięcie celu wezwania do złożenia wyjaśnień jakim jest wyjaśnienie czy zaoferowane produkty spełniają wymagania wskazane w siwz, art. 89 ust. 1 pkt. 2) p.z.p. poprzez błędne zastosowanie tj. uznanie, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy taka ocena jest niezgodna z treścią oferty, a przynajmniej przedwczesna.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia wymaganych oświadczeń, dokumentów, wyjaśnień; zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W treści oferty Odwołujący przedstawił wypełniony kosztorys, w którym w pozycji 75 wyszczególniono: 75 - Taśma dwustronna do wykładzin, szer. 50 mm, rolka 25m, zaś w pozycji 74 wyszczególniono: 74 - Taśma malarska papierowa szer.40mm rolka 50mb.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących różnych pozycji formularza załączonego do oferty, w tym także pozycji 75 - Taśma dwustronna do wykładzin, szer. 50 mm, rolka 25m. Wyjaśnienia miały dotyczyć wskazania producenta i innych danych pozwalających na identyfikację produktu oraz wielkości opakowania i/lub wymiarów. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące wszystkich wskazanych w wezwaniu produktów,

jednak przy pozycji 75 omyłkowo złożył wyjaśnienia dotyczące pozycji 74 - Taśmy malarskiej papierowej szer. 40mm rolka 50mb.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jako przyczynę odrzucenia Zamawiający wskazał niezgodność oferty z SIWZ w zakresie pozycji 75 z wymogami zamówienia wskazanymi przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w momencie odrzucenia oferty Zamawiający nie miał możliwości dokonania takiej oceny, w związku z brakiem wystarczających wyjaśnień dotyczących pozycji 75. W złożonej przez Odwołującego ofercie pozycja 75 była wskazana w sposób prawidłowy, jednak nie zawierała informacji dotyczącej producenta. Z tej przyczyny Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jak wyjaśnił Odwołujący, z powodu dużej ilości pozycji asortymentu umieszczonego w formularzu, omyłkowo złożył wyjaśnienia dotyczące pozycji 74, zamiast 75, co zostało przez Zamawiającego uznane za powód do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że nieścisłość dotycząca pozycji 75 wynika z oczywistej omyłki Odwołującego, który we wskazanym przypadku powinien zostać ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących spornej pozycji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał obowiązku zawartego w art. 87 ust. 1 p.z.p., nie wzywając Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający jest związany treścią oferty złożonej przez Odwołującego, wobec czego nie mógł odrzucić jej na podstawie niezgodności siwz z treścią złożonych wyjaśnień. Porównując ofertę oraz wyjaśnienia, wiążąca jest oferta i to ona powinna stanowić kryterium oceny zgodności z wymogami wskazanymi w siwz.

Odwołujący wskazał, że jego uchybieniem było jedynie niewskazanie producenta rolki umieszczonej w formularzu pod numerem 75, a nie niezgodności technicznej czy jakościowej z wymogami wskazanymi w siwz. Wobec tego Zamawiający nie był upoważniony do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz, z powodu niewskazania nazwy konkretnego producenta w formularzu.

Zamawiający nie powinien traktować złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących pozycji 75 formularza ofertowego w sprzeczności z treścią złożonej oferty. Tym samym, w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2) p.z.p.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca zaoferował „taśmę malarską, papierową, szer. 40mm rolka 50mb”, w sytuacji gdy wykonawca w poz. 75 formularza ofertowego wskazał taśmę do wykładzin (prawidłowo), a jedynie nie wskazał konkretnego producenta. Taśma malarska została wskazana w treści wyjaśnień a nie oferty, a co więcej taśma malarska, papierowa zaoferowana została pod poz. 74 - zgodnie z siwz.

Jak podkreślał Odwołujący, skoro treść wyjaśnień w żaden sposób nie może wpłynąć na zmianę treści oferty, to z całą pewnością należy uznać, że wiążąca jest oferta Odwołującego wskazująca w pozycji 75 taśmę do wykładzin, bez wskazania producenta. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi wszechstronnego badania oferty, odrzucając ją z powodu omyłki Odwołującego, która jest widoczna na pierwszy rzut oka, co stanowi naruszenie przepisu 87 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący podkreślił, że w sposób niezasadny pozbawiony został możliwości konkurencji z innymi wykonawcami, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Przedwczesne odrzucenie oferty, pomimo braku dokładnego zbadania pod względem merytorycznym oraz braku wezwania do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty, naruszają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, trafny jest zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zażądał złożenia przez Odwołującego wyjaśnień co do treści złożonej przez Odwołującego oferty, w zakresie dokładnego opisu jednego z zaoferowanych przez Odwołującego produktów (jednego z punktów oferty) oraz wskazania producenta. Stawiając takie żądanie, Zamawiający wymagał podania informacji, których zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy nie byli zobowiązani podawać w swoich ofertach. Uzyskana przez Zamawiającego odpowiedź odpowiadała żądaniu Zamawiającego, jednakże nie wyjaśniła treści oferty Odwołującego. Co więcej, odpowiedź przesłana w wyniku wezwania do wyjaśnień spowodowała powstanie rozbieżnych oświadczeń (oświadczenia zawartego w ofercie i oświadczenia zawartego w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień) – i rozbieżności, zawarte w tych oświadczeniach Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić. Zamawiający zaniechał obowiązku zawartego w art. 87 ust. 1 p.z.p., nie wzywając

Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Tym samym, Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający stwierdził, że przyczyną zażądania od Odwołującego wyjaśnień co do treści złożonej oferty, były wątpliwości co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny jednego z produktów. Skoro tak, to przedmiotem wszczętej przez Zamawiającego procedury wyjaśnień powinna być ta właśnie cena zaoferowana za produkt, a nie kwestia, jaki produkt został zaoferowany przez Odwołującego. W kontekście podnoszonych przez Zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej ceny, trudno jest ustalić, jaki był cel żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Zamawiający nie potrafił wyjaśnić tej kwestii. Zamawiający nie przedstawił także żadnych dowodów na okoliczność, że rzeczywiście cena zaoferowanej taśmy odbiega od cen rynkowych. Nie przedstawił zatem żadnych dowodów, które uprawdopodobniałyby jego przypuszczenia, że zaoferowano inny produkt.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący dokonał zmiany treści swojej oferty. Wątpliwość, jaka powstała w odniesieniu do treści jednej z pozycji formularza ofertowego, powinna zostać przez Zamawiającego wyjaśniona. Jednakże brak było podstaw do uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Treść oferty Odwołującego wskazywała bowiem jednoznacznie na zaoferowany produkt. Jednocześnie nie można uznać, aby treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień doprowadziła do zmiany treści oferty. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie oświadczył, że w miejsce produktu zaoferowanego w ofercie, oferuje inny produkt. Skoro zatem nie można uznać, że zmieniła się treść oferty, to nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym, Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Dodatkowo należy zauważyć, że jedynym uchybieniem Odwołującego był brak wskazania producenta rolki (dla pozycji nr 75) oraz ewentualnie innych danych tego produktu. Co istotne, Zamawiający nie oczekiwał podania tych informacji (stosownie do wymagań SIWZ). Brak podania tych danych zatem również nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego i brak dokładnego zbadania tej oferty pod względem merytorycznym oraz brak wezwania do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty pozbawiło Odwołującego możliwości konkutowania z innymi wykonawcami i w ten sposób narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, 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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....