

Sygn. akt: KIO 790/19

WYROK
z dnia 17 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy w Łomży,**

przy udziale **A.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą STARPOL MEBLE A.K.,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2018 r., poz. 1986 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 **Łomży.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Łomży – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup mebli wraz z dostarczeniem, wniesieniem i montażem dla: Sądu Okręgowego w Łomży, Sądu Rejonowego w Zambrowie i Sądu Rejonowego w Wysokiem Mazowieckiem*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 marca 2019 r. pod numerem 526418-N-2019.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Starpol Meble A.K. w części II zamówienia i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust 1 pkt 17, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że 23 kwietnia 2019 r. otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Starpol, która – zdaniem Odwołującego – podlegała odrzuceniu z postępowania ze względu na swoją niezgodność z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w poz. 46 OPZ wymagał zaoferowania krzesła obrotowego z podłokietnikami. Wykonawca Starpol w swojej ofercie zaoferował krzesło Kubik 126 Z producenta Nowy Styl (sprzedawane pod jedną z marek tego producenta: BN Solutions), co następnie potwierdził w złożonej na wezwanie Zamawiającego karcie katalogowej. Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez Starpol krzesło Kubik nie jest już dostępne u producenta Nowy Styl, zostało ono wycofane z produkcji, a powyższą informację można uzyskać bezpośrednio u producenta.

Odwołujący zaznaczył, że na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalna zmiana proponowanego przez Starpol krzesła na inne, dostępne obecnie na rynku rozwiązanie. Ponadto Zamawiający określając w SIWZ warunki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia (§ 9 wzoru umowy) nie przewidział dopuszczalności zmiany asortymentu w sytuacji takich, jak opisana w zarzutach niniejszego odwołania tj. zmiany polegającej na zmianie oferowanego towaru na inny towar w sytuacji, w której dany towar został wycofany z produkcji i nie jest dostępny dla wykonawcy. Tak samo Starpol nie będzie mógł samodzielnie wyprodukować (albo zamówić wyprodukowanie u podmiotu trzeciego) bez dokonania istotnej zmiany przedmiotu świadczenia wobec treści

swojej oferty. Powoduje to, że wybór oferty Starpol i zawarcie z nim umowy spowoduje sytuację, w której nieuniknione będzie naruszenie przez tego wykonawcę umowy lub też – w razie wyrażenia przez Zamawiającego zgody na taką zmianę przedmiotu świadczenia – naruszenie art. 144 ustawy Pzp. Zdaniem Odwoływającego nie może być uznana za zgodną z SIWZ oferta, której wybór prowadziłby wprost do realizacji zamówienia niezgodnej z warunkami SIWZ i przepisów ustawy Pzp.

Dalej Odwoływający podniósł, że informacje i zobowiązania dotyczące dostawy krzesel Kubik 126 przedstawione przez Starpol wypełniają przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Informacje te mają wpływ na czynności Zamawiającego w postępowaniu. Ujęcie w ofercie tych konkretnych towarów powoduje powstanie po stronie Zamawiającego mylnego przekonania co do zgodności oferty z SIWZ w tym zakresie i w konsekwencji – co do możliwości należytego wykonania przez Starpol zobowiązań wynikających ze złożonej oferty.

Odwoływający zaznaczył, że sankcja z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy przedstawienie nieprawdziwych informacji nie było dokonane celowo, ale było spowodowane choćby niedbalstwem lub lekkomyślnością. Wskazał, że trudno twierdzić, aby profesjonalny wykonawca, jak Starpol, funkcjonujący od wielu lat na rynku zamówień publicznych, nie wiedział tego, że ujęty przez niego w ofercie towar nie jest już dostępny na rynku ze względu na jego wycofanie z produkcji. Podobnie nie sposób twierdzić, aby przygotowując ofertę Starpol nie mógł, przy zastosowaniu zwykłych środków ostrożności, ustalić tych faktów przed przekazaniem oświadczenia woli Zamawiającemu. Nawet jeżeli działanie Starpol w tym zakresie nie było celowe, nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do określenia towaru, który ma być dostarczony w ramach poz. 46 OPZ dla części II, to i tak powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwoływający wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie części II: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Starpol z postępowania oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwoływającego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwoływający spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego D.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą DANLAB D.K., stwierdzając, że nie ma ona interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpiła. Izba ustaliła bowiem, że oferta zgłaszającej przystąpienie w zakresie części II została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował w dniu 23 kwietnia 2019 r., a wobec tej czynności nie zostało wniesione odwołanie. Art. 185 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Zgodnie z art. 2a Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, *oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.* Ponieważ odrzucenie oferty zgłaszającej przystąpienie stało się ostateczne wobec niewniesienia odwołania na tę czynność, w świetle przywołanych wyżej przepisów zgłaszająca przystąpienie nie może być uznana za zainteresowaną w rozumieniu ww. Dyrektywy i tym samym za spełniającą przesłankę z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp.

Skutecznie do postępowania odwoławczego przystąpiła natomiast A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą STARPOL MEBLE A.K. W związku z tym, że odwołanie zmierza do odrzucenia złożonej przez nią oferty, ma ona oczywisty interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Opisie przedmiotu zamówienia dla części II (załącznik nr 2 do SIWZ) w poz. 46 Zamawiający wymagał zaoferowania krzesła obrotowego na kółkach z podłokietnikami i określił wymagane parametry tego krzesła.

Przystępujący zaoferował ww. krzesła, w tabeli I załącznika nr 5 do SIWZ (Formularz cenowy) w poz. 33 podając liczbę sztuk (2), cenę jednostkową brutto (2.755,20 zł) oraz wartość brutto (5.510,40 zł). W tabeli II załącznika nr 5 do SIWZ (Nazwa i model proponowanych foteli i krzesel) w poz. 5 Przystępujący podał: Nowy Styl/Fotel obrotowy/Kubik 126 Z.

Pismem z 23 kwietnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania. W zakresie części II Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez STARPOL.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący – na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych wyżej przepisów.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, zaznaczyć należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy merytoryczna treść oferty nie odpowiada konkretnym wymaganiom sformułowanym przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący nie wskazał, z którym postanowieniem SIWZ oferta Przystępującego miałaby być niezgodna. Z pewnością brak jest podstaw do twierdzenia, że zaoferowanie krzesel obrotowych Kubik 126 Z narusza postanowienia punktu 46 OPZ, który zawiera wyspecyfikowanie parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego. Zarzut odwołania tymczasem został oparty na tezie o braku ww. krzesel w ofercie producenta, a nie na niespełnieniu określonych wymagań określonych w ww. postanowieniu OPZ.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że SIWZ nie zawiera żadnego postanowienia nakazującego, aby oferowane towary były dostępne w bieżącej ofercie producenta lub aby zostały wyprodukowane w 2019 r. Nawet zatem uznając, że Odwołujący wykazał brak tych krzesel w obecnej ofercie producenta (na którą to okoliczność złożył wydruk ze strony internetowej producenta z wynikami wyszukiwania oraz informacje mailowe od dwóch dystrybutorów), w żadnej mierze nie oznacza to ani niezgodności oferty z treścią SIWZ, ani istnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wynika z tego tylko tyle, że obecnie producent nie produkuje tych krzesel i nie posiada ich w swojej powszechnie dostępnej ofercie. Nie uprawnia to jednak do wniosku, że krzesła takie nie istnieją na rynku, mogą bowiem być w zapasach magazynowych czy to producenta, czy też dystrybutorów, a nawet konkretnych wykonawców, zwłaszcza że – co istotne – przedmiotem oferty są jedynie dwa egzemplarze tego krzesła. Podkreślić przy tym

należy, że twierdzenie Odwołującego, jakoby krzesła tych nie posiadał na stanie magazynowym ani producent, ani żaden z dystrybutorów w Polsce, nie zostało poparte żadnym dowodem. Odwołujący złożył jedynie informacje od dwóch dystrybutorów, przy czym z jednej z nich wynika tylko to, że krzesła nie są już produkowane, z drugiej natomiast, że nie są produkowane i nie można ich zamówić. Dowody te nie świadczą jednak o tym, że krzesła te są całkowicie niedostępne i nie ma podmiotów mogących je dostarczyć. Natomiast okoliczność zaprzestania produkcji oferowanych krzesła nie wpisuje się w przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Przystępujący nie przedstawił bowiem w ofercie informacji, że oferowane krzesła są obecnie produkowane. Przystępujący złożył jedynie ofertę na dostawę określonych krzesła, jest to więc oświadczenie woli stanowiące zaciągnięcie zobowiązania, za którego wykonanie Przystępujący będzie ponosił odpowiedzialność kontraktową. Niemożliwość realizacji tego zobowiązania nie została udowodniona.

Podkreślić również należy, że o zasadności zarzutów odwołania nie świadczy to, że Zamawiający nie podjął w tym zakresie dodatkowych czynności wyjaśniających ani to, że Przystępujący nie stawiał się na rozprawę i nie przedłożył dowodów. Jak wyżej wskazano, ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że nie istnieją na rynku dwa egzemplarze oferowanego krzesła, które mogłyby być dostarczone Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia. Natomiast uznając nawet za wykazaną okoliczność, że obecnie krzesła te nie są produkowane, brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, czy też że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: