

Sygn. akt: KIO 677/14

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 kwietnia 2014 r.** przez wykonawcę **KENDROLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18, 04-653 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rzeszowski, ul. Rejtana 16C, 35-959 Rzeszów**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **KENDROLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18, 04-653 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **KENDROLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18, 04-653 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Uniwersytet Rzeszowski, Al. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa podstawowego wyposażenia laboratoryjnego w ramach projektu „Budowa Podkarpackiego Centrum Innowacyjno-Badawczego Środowiska w Rzeszowie”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 09.10.2014 r. pod nrem 2013/S 196-337984.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający dokonał wyjaśnień i zmian w specyfikacji 29.10.2014 r.

Zamawiający zawiadomił 25.03.2014 r. o:

- 1) odrzuceniu oferty wykonawcy **KENDROLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18 04-653 Warszawa**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) unieważnieniu postępowania, gdyż w postępowaniu brak ofert niepodlegających odrzuceniu – art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca **KENDROLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18 04-653 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 04.04.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty, która to oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacja bez bliższego określenia);

- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego, mimo, że ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu jest oferta odwołującego;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas, gdy w postępowaniu złożona została ważna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) przywrócenia oferty odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Oferta odwołującego jest ofertą zgodną z treścią **specyfikacji** i ofertą ważną niepodlegającą odrzuceniu. Jako argument dotyczący odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący zaoferował urządzenie producenta COPE typu S50, które jest niezgodne ze specyfikacją. Decyzję taką zamawiający podjął, mimo wyjaśnień odwołującego co do pełnej zgodności oferowanego produktu z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący wyjaśniał, że oferowany zestaw nie posiada jednoznacznie nadanego przez dystrybutora numeru katalogowego, dlatego w formularzu cenowym oraz tabeli opisu przedmiotu zamówienia użyte zostało oznaczenie termometru/densytometru S50.

Ponadto odwołujący jeszcze raz wskazuje, że w **specyfikacji** zamawiający zawarł wymóg, że należy do oferty przedstawić załącznik nr 1.1b, który jest szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia. W tym szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł swoje wymagania, których spełnienie mieli potwierdzić wykonawcy.

Odwołujący na stronie 44 i 45 oferty wskazał, że potwierdza wymagania wskazane przez zamawiającego. Co więcej, odwołujący dołączył „niewymagany” w postępowaniu prospekt, w którym wskazał co zostanie zaoferowane zamawiającemu. Ponieważ, zarówno, z tego prospektu, jak i z tabeli oferty wynika, że zestaw posiada wieszak, szklaną zlewkę itd. oraz spełnia wszystkie wymagane parametry wymagane przez zamawiającego, odwołujący uważa, że jego oferta została bezzasadnie odrzucona.

Zamawiający w swoim uzasadnieniu dotyczącym odrzucenia oferty nie wskazał na czym miałyby polegać niezgodności treści oferty odwołującego ze specyfikacją. Zamawiający nie wskazał jakich wymaganych przez zamawiającego parametrów odwołujący nie spełnił, co skutkowałoby niezgodnością treści oferty ze specyfikacją.

Wobec powyższego trudno uznać, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią **specyfikacji**, skoro nawet sam zamawiający tej niezgodności nie jest w stanie wskazać, a jedynie wskazuje, że cyt: „*pod nazwą oznaczoną jako COPE s-50 znajduje się areometr, który nie jest wymaganym zestawem, ani też, pomimo tego co twierdzi wykonawca, nie wchodzi w skład zestawu wymaganego przez zamawiającego*”. Trudno uznać, że tak wskazane uzasadnienie odnosi się do niezgodności treści oferty ze specyfikacją. Oferta odwołującego została więc niezasadnie odrzucona.

Co za tym idzie, niezasadnie także zamawiający unieważnił postępowanie, bowiem w przedmiotowym postępowaniu została złożona ważna oferta, nie było zatem przesłanek do unieważnienia postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **04.04.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **04.04.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **04.04.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

07.04.2014 r. wykonawca **Alchem Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 21, 87-100 Toruń** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy **15.04.2014 r.** (art. 185 ust. 4 Pzp) i stwierdził, że wykonawca **Alchem** nie ma interesu aby zostać przystępującym po stronie zamawiającego, a także stracił status wykonawcy, gdyż jego oferta została skutecznie odrzucona i upłynął termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **14.04.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

1. Zamawiający wymagał w specyfikacji, aby wykonawca określił w ofercie jakie urządzenie oferuje.
2. Zamawiający wymagał w specyfikacji zaofiarowania zestawu do wyznaczania gęstości ciał stałych i cieczy.
3. W ofercie odwołujący zaofiarował urządzenie Cope typ S50 i odwołujący dołączył zupełnie inną specyfikację techniczną (załączniki nr 1 i 2 do odpowiedzi).
4. Zamawiający 07.03.2014 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

5. Odwołujący wyjaśnił, że oferowane urządzenie nie ma oficjalnej nazwy, dlatego sam odwołujący nadał urządzeniu taką nazwę.
6. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia wykonawców nie mogą zmienić treści oferty.
7. Oferowane urządzenie w nazewnictwie podmiotu RADWAG posiada swoje nazwy Kit-85, Kit-128, Kit-195 (załącznik nr 3 do odpowiedzi).
8. Odwołujący oferując właściwe urządzenie do wyznaczania gęstości mógł je w sposób jednoznaczny oznaczyć podając producenta i typ.
9. Zestaw ze zdjęcia dołączonego do oferty nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż nie jest przeznaczony do oznaczania gęstości.
10. Na wykonawcy ciąży obowiązek przygotowania oferty w sposób jednoznaczny.
11. Zamawiający biorąc pod uwagę wyjaśnienia był obowiązany odrzucić ofertę odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego oświadczenie podmiotu RADWAG wraz z załącznikami instrukcja obsługi oraz karty katalogowe wag analitycznych XA i AS oraz karty z cenami grup aerometrów S50 i S100 z cenami i oferta handlowa, z których odwołujący wywodzi, że zestaw do wyznaczania gęstości jest konfigurowany w trzech typowych wariantach – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty, która to oferta jest zgodna ze specyfikacją – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający wymagał w załączniku 1.1b do specyfikacji, aby wykonawca jednoznacznie opisał przedmiot oferty: producenta i typ urządzenia, a także jego parametry. W załączniku tym odwołujący wskazał, że oferuje urządzenie Cope S50 oraz odwołujący dołączył zupełnie inną specyfikację techniczną. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi przez zamawiającego urządzenie Cope S50 jest aerometrem. Podobnie po żądaniu wyjaśnień z 07.03.2014 r., odwołujący w wyjaśnieniach z 11.03.2014 r. nie wskazał jednoznacznie oferowanego przedmiotu, podtrzymując informacje zawarte w ofercie, gdzie dał m.in. możliwość wyboru zamawiającemu spośród trzech elementów o równej cenie. Nie może usprawiedliwić takiej postawy odwołującego brak – zdaniem odwołującego – jednoznacznego scharakteryzowania wymagania przedmiotu zamówienia. Szczególnie, że odwołujący nie skorzystał z prawa do żądania wyjaśnień specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp.

Ponadto zamawiający odkrył, że oferowane urządzenie posiada odpowiednią nazwę nadaną przez wytwórcę, gdy tymczasem odwołujący utrzymywał, że brak takiej nazwy upoważnia odwołującego do nadania urządzeniu dowolnej, jak to określił sam odwołujący „symbolicznej” nazwy.

Wykonawca oferując urządzenie powinien je jednoznacznie określić i scharakteryzować, a w przypadku udzielania wyjaśnień musi w sposób szczególnie dokładny wyjaśnić wszystkie zagadnienia będące przedmiotem zainteresowania zamawiającego. Nawet wykonawca może, ale w terminie wyznaczonym przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień zadać pytania zamawiającemu, jeżeli sam wykonawca nie ma problem z odczytaniem intencji zamawiającego. Wyjaśnienia sporządzone zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp muszą rozwiewać jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego, chociaż nie mogą powodować zmiany treści oferty. Art. 87 ust. 1 Pzp brzmi „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Wobec braku jednoznacznych wyjaśnień odwołującego wskazujących na konkretnie zaoferowany jeden przedmiot (cyt. z protokołu „Odwołujący ogólnie zaoferował 4 zestawy o takich samych cenach i wybór zamawiającego odpowiedniego zestawu nie będzie nieodpowiednimi negocjacjami, gdyż nie zmieni się cena zaoferowana przez odwołującego”) zamawiający był obowiązany odrzucić ofertę odwołującego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...]jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W związku z tym, że druga – spośród dwóch złożonych ofert – także podlegała odrzuceniu zamawiający był zmuszony do unieważnienia postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...]nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu”.

Z przytoczonych względów skład orzekający Izby nie może uwzględnić pierwszego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty, gdyż oferta nie jest zgodna ze specyfikacją i podlega odrzuceniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że ze względu na obowiązek odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie mógł dokonać jej wyboru jako oferty, a więc zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego. Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Tym samym zarzut drugi, naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na obowiązek odrzucenia oferty odwołującego, a także pozostałej oferty wykonawcy **Alchem** zamawiający był obowiązany do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Z tego powodu w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, mimo że – jak to podnosi odwołujący – odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez odwołującego. Jednak dowód ten nie podważył stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie skonkretyzował jednoznacznie swojej oferty, tak aby zamawiający mógł stwierdzić, że oferta odwołującego jest w całości zgodna ze specyfikacją.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....