

**WYROK**  
**z dnia 1 października 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez **Wykonawcę – OLYMPIA MED. PROFESSIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 87 (00-844 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5 (02-798 Warszawa)

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – OLYMPIA MED. PROFESSIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Olympia Med. Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Metro Warszawskie Sp. z o.o. na *dostawę części zamiennych do wagonów metra serii 81 z zakresu części mechanicznych, pneumatycznych, elektrycznych i elektronicznych* (nr sprawy: WP.25.00046.2018.P.PIS1), ogłoszonym w Dzienniku Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2018 r., 2018/S 071-170251, wobec czynności odrzucenia oferty złożonej na zadanie nr VI Wykonawca – Olympia Med. Professional Sp. z o.o. z/s w Warszawie, wniósł w dniu 17 września 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1859/18).

Informacja stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania zamieszczona została na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 7.09.2018 r. – zawiadomienie o wyniku przetargu. Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy z uwagi na brak podania w formularzu cenowym informacji dotyczących rozwiązań równoważnych oraz numeru świadectwa odbiorczego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, co narusza art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty na zadanie nr VI oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż formularz oferty nie zawierał dwóch wypełnionych kolumn dotyczących wymogu dostarczenia wraz z danym asortymentem określonego świadectwa odbiorczego oraz oświadczenia o oferowaniu oryginalnych, czy też równoważnych części. Zamawiający uznał, iż uniemożliwia to ocenę oferty i czyni ją niezgodną z siwz.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty jest lakoniczne i nie odnosi się do merytorycznej treści oferty, w szczególności brak jest w nim wskazania powiązania pomiędzy brakującymi informacjami, a niemożliwością oceny oferty.

Niezależnie od tego uchybienia Odwołujący wskazał, że obowiązek dostarczenia wraz z asortymentem określonego świadectwa odbiorczego nie ma związku z oceną oferty, porównaniem złożonych ofert, czy też niezgodnością materialną z opisem przedmiotu

zamówienia. Zadanie nr 6 dotyczy dostawy części pneumatycznych, przy których dostawie wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć świadectwo odbioru zgodnie z PN-EN 10204 wystawione przez producenta (wyróżnione w kolumnie „świadectwo odbiorcze”). Zgodnie z pkt 4.1.2 dokumenty dostarczone mają być do dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego przez przedstawiciela Zamawiającego. Brak dokumentów uniemożliwi podpisanie protokołu. To nie w ofercie miało nastąpić wskazanie, które z części wymagają dostarczenia świadectwa odbiorczego, co został narzucone przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do siwz. Żaden z wykonawców nie mógł zmienić tych informacji. Tym samym brak informacji o świadectwie odbioru pozostaje bez wpływu na obowiązki nałożone na Wykonawcę w tym zakresie.

W odniesieniu do braku wskazania w formularzu oferty oświadczenia o rozwiązaniu równoważnym Odwołujący wskazał, iż siwz nakładała obowiązek poinformowania wyłącznie w przypadku składania ofert na rozwiązanie równoważne. Wynika to z pkt 3.4 OPZ, który określa, że w przypadku złożenia oferty na dostawę części równoważnych (tj. wskazania tej okoliczności w załączonym do oferty druku Formularza Cenowego), Wykonawca którego oferta zostanie w danym zadaniu oceniona, zobowiązany będzie przedstawić Zamawiającemu dokumenty, o których mowa w pkt I 3.3 lit. C siwz. W pkt 9.5 OPZ mowa jest o informacji o zamieszczeniu w ofercie części zamiennnej równoważnej, o której mowa w pkt 3.4 siwz. Brak oświadczenia w przedmiotowym zakresie, zgodnie z literalną treścią siwz oznacza, że wykonawca oferuje części „oryginalne” opisane wprost w siwz. Nie można zatem, ze skutkiem dla wyniku postępowania, zarzucić złożenia oferty niezgodnej z siwz. Odrzucenie tej oferty z tej przyczyny stanowi przejaw nadmiernego formalizmu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Badanie formalne nie wykazało podstaw do odrzucenia odwołania i podlegało ono rozpoznaniu w pełnym zakresie na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Stanowiąca przedmiot

zarzutów czynność odrzucenia oferty Odwołującego naruszała interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, niwelując szansę na jego uzyskanie w tym postępowaniu. Okoliczności podniesione w podstawie zarzutów powodowały, iż koniecznym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny, a w konsekwencji jej wyboru. Przy aktualnym wyniku oceny oferty szkoda, do jakiej czynność Zamawiającego miałyby prowadzić polega na utracie korzyści, jakie niosłoby dla tego Wykonawcy uzyskanie zamówienie. Izba uznała, iż obie przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy zostały spełnione, a odwołanie podlegało rozpoznaniu w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot obejmuje dostawę części zamiennych do wagonów metra serii 81 z zakresu części mechanicznych pneumatycznych, elektrycznych i elektronicznych. Zamówienie podzielone zostało na zadania od I do XXI. Odwołanie dotyczy czynności oceny oferty Odwołującego złożonej na zadanie nr VI – obejmujące dostawę części pneumatycznych opisanych w załączniku nr 6 specyfikacji technicznej. Zamawiający w siwz dopuścił dostawę części zamiennych równoważnych, tj. części zamiennych odpowiadających częściom zamiennym wyszczególnionym w załączniku nr 1 do Specyfikacji Technicznej, o ile spełniały one będą wymagania funkcjonalne określone dla każdego zadania w zał. nr 22 do Specyfikacji Technicznej, tj. w dokumencie pod nazwą: „Opis podzespołów”. W przypadku złożenia oferty na dostawę części zamiennych równoważnych (tj. wskazania tej okoliczności w załączonym do oferty druku Formularza Cenowego), Wykonawca którego oferta zostanie w danym zadaniu najwyżej oceniona, zobowiązany będzie przedstawić Zamawiającemu dokumenty, o których mowa w pkt 13.3 lit. C SIWZ (pkt 3.4 siwz). Wskazane w pkt 13.3 lit C dokumenty potwierdzać mają, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i składane będą na wezwanie Zamawiającego w terminie nie krótszym niż 10 dni.

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych obejmujących jedno lub kilka zadań (pkt. 9.1 siwz). Zgodnie z pkt 9.5 siwz *cenę jednostkową części zamiennych w ramach poszczególnych Zadań oraz informację o zamieszczeniu w ofercie części zamiennej równoważnej, o której mowa w pkt 3.4 SIWZ, Wykonawca określa w załączniku do oferty, tj. w druku Formularza Cenowego, którego wzór stanowi zał. nr 2A do SIWZ. Załącznik ten stanowi tabela zawierająca wykaz części wraz z opisem katalogowym/oznaczeniem producenta, nazwą własną, numerem świadectwa odbiorczego oraz ilością sztuk. Dla*

wykonawców pozostawiono do wypełnienia kolumny *Część równoważna (należy wpisać TAK lub NIE)* oraz *Cena jednostkowa netto* i *Wartość netto*.

W załączniku – Specyfikacja Techniczna, Zamawiający opisał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia wskazując w pkt. 2.1 na obowiązek dołączenia do dostarczonych części dokumentów – świadectwa odbioru zgodnie z PN-EN 10204 wystawionego przez ich producenta dla części wyróżnionych w kolumnie „Świadectwo odbiorcze”.

Odwołujący wraz z formularzem oferty przedłożył formularze cenowe, w tym dla zadania nr VI formularz cenowy sporządzony z pominięciem dwóch kolumn opisanych przez Zamawiającego w siwz, tj. *Świadectwo odbiorcze* oraz *Część równoważna (należy wpisać Tak lub Nie)*. Pozostałe formularze cenowe dotyczące zadań: I, II, V, VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XX, zawierają wszystkie kolumny objęte wzorem formularza, w tym oświadczenie, iż w tych zadaniach Wykonawca nie oferuje części równoważnych.

Pismem z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy wskazując w uzasadnieniu faktycznym na niezgodność złożonego formularza cenowego z wzorem udostępnionym przez Zamawiającego (brak dwóch kolumn). Brak oświadczenia Wykonawcy dotyczącego rodzaju oferowanych części (oryginalne, czy też równoważne), uniemożliwił zdaniem Zamawiającego ocenę oferty w zadaniu nr VI i prowadził do jej niezgodności z treścią siwz.

**W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, obejmujący dokumenty stanowiące element dokumentacji prowadzonego postępowania, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ofertę Odwołującego złożoną na zadanie nr VI.

Odwołanie zostało oddalone, chociaż nie wszystkie okoliczności podniesione w podstawie faktycznej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego znajdowały oparcie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na wstępie należy bowiem zauważyć, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była treść formularza cenowego mająca wskazywać na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w której Zamawiający wymagał między innymi złożenia oświadczenia, dotyczącego równoważności oferowanych części zamiennych. Przy podstawie odrzucenia oferty opartej na treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy istotnym było wykazanie przez Zamawiającego niezgodności z konkretnymi zapisami siwz, a więc wskazania tych zapisów, z którymi oferta pozostawała w sprzeczności i ewentualnie wykazania braku możliwości sanowania wadliwości treści oferty na podstawie art. 87 Ustawy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu

zaniechania poprawienia treści oferty, a żądania jakie podnosił skupiały się wyłącznie wokół uchylecia decyzji o odrzuceniu oferty, jako niezgodnej z treścią siwz.

Izba będąc związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu uznała, iż Zamawiający słusznie przyjął, iż brak oświadczenia dotyczącego części zamiennych wskazującego, czy oferowane są części równoważne, czy też oryginalne, stanowił o niezgodności treści oferty z siwz. Zasadniczym dla tej oceny pozostawały zapisy siwz – pkt 9 *Opis sposobu przygotowania oferty* oraz treść załączników, w tym formularza cenowego oraz specyfikacji technicznej. Istotnym pozostawało wskazanie na odmienny sposób weryfikacji zgodności oferowanych części z wymaganiami Zamawiającego. W przypadku oferty sporządzonej dla części oryginalnych Zamawiający nie wymagał złożenia dalszych dokumentów wskazanych w pkt 13.3 lit C siwz. Stąd oświadczenie o zaoferowaniu części równoważnych wyznaczało sposób w jaki Zamawiający powinien dokonać oceny merytorycznej oferty i jej zgodności z wymaganiami zasadniczymi. W przypadku oferty Odwołującego, formularz cenowy nie zawierał wymaganej kolumny, w której Wykonawca miał wskazać, czy oferowane są części równoważne, czy też nie. W ocenie Izby, samo odesłanie do opisu pozycji asortymentowej ujętej w formularzu cenowym nie pozwalało na uzupełnienie treści oferty o oświadczenie dotyczące równoważności części zamiennych. Brak tych informacji uniemożliwił ustalenie w sposób jednoznaczny, jakiego rodzaju części są oferowane. Zamawiający na podstawie tak przygotowanego formularza nie mógł przyjąć, iż oferowane są części oryginalne, co wymagałoby zamieszczenia oświadczenia o treści „NIE” w kolumnie *Część równoważne*. Wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia kolumny w każdym przypadku, tj. również w sytuacji gdy oferowali części zamienne oryginalne. Samo wskazanie na opis części zamiennej zamieszczony przez Zamawiającego we wzorze, zawierający zarówno oznaczenie katalogowe/ oznaczenie producenta, jak i nazwę części oryginalnej, nie przesądzało o tym, czy oferta sporządzona została dla części oryginalnych, czy też równoważnych. Opisy tych kolumn w żaden sposób nie determinował decyzji pozostawionej Wykonawcy, co do możliwości zaoferowania części oryginalnych lub równoważnych do opisanych. Aby móc ustalić przedmiot oferty konieczne było nie tylko dokonanie jego wyceny, ale również złożenie jasnej deklaracji pozwalającej ustalić, czy oferowane są części oryginalne, czy też równoważne do opisanych. Wskazują na to wprost zapisy załącznika do siwz – formularza cenowego. Oświadczenie to miało dalsze konsekwencje dla oceny oferty, gdyż przesądzało o sposobie weryfikacji spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Zaoferowanie części zamiennych równoważnych oznaczało konieczność wykazania przed Zamawiającym zgodności parametrów i dopuszczenia do eksploatacji części równoważnych w pojazdach metra typu 81, co wymagało złożenia szeregu dokumentów. Jednocześnie z siwz nie zawiera zapisu, który uprawniałby do wniosku, że

brak oświadczenia oznacza, iż oferowane są części oryginalne. Przeciwnie formularz cenowy zawiera jednoznaczne polecenie co do sposobu wypełnienia kolumny – *należy wpisać TAK lub NIE*. Omyłka techniczna (ukrycie kolumn w arkuszu Excel), do jakiej przyznał się Odwołujący na rozprawie nie zmienia faktu, iż Zamawiający nie miał podstaw do wywiedzenia treści oświadczenia, które nie zostało złożone w formularzu cenowym. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia jednoznacznej deklaracji co do oryginalności lub równoważności części zamiennych, której nie dało się wywieść z innej części oferty, niż formularz cenowy. Próba wyjaśnienia treści, zasadniczo prowadziłaby do uzupełnienia treści oferty, która pozwala na identyfikację oferowanego produktu. To nie opis przedmiotu ujęty w pierwszych kolumnach tabeli, ale oświadczenie Wykonawcy potwierdzające oryginalność części lub ich równoważność stanowiła istotną treść oferty, podlegającą ocenie pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Bez oświadczenia Wykonawcy Zamawiający nie mógł przesądzić, jakiego rodzaju części stanowić będą przedmiot dostawy, a tym samym ustalić, czy Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dodatkowe dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego przedmiotu dostawy z wymaganiami technicznymi. Pozostawienie oferty Odwołującego w postępowaniu czyniłoby proces jej oceny nieprzejrzystym dla konkurencji i tym samym mogłoby prowadzić do istotnej wady postępowania, gdyby oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle powyższego decyzja o odrzuceniu oferty znajdowała uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego dotyczącego znaczenia drugiej kolumny pominiętej w formularzu cenowym, określającej nr świadectwa odbioru. Zamawiający nie przedstawił argumentów, które pozwoliłyby uznać, iż brak powielenia w formularzu danych narzuconych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, czyni ofertę niezgodną z siwz. Pominięcie tej informacji w żaden sposób nie wpływało na zakres zobowiązania Wykonawcy, w tym również nie pozbawiało znaczenia zapisów siwz, które wskazywały na obowiązek przedstawienia świadectwa odbioru przy dostawie części zamiennych. Zasadniczo, istotnymi z punktu widzenia oceny oferty były te kolumny, do których wypełnienia zobowiązany był Wykonawca.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Ustawy Izba doszła do przekonania, iż uzasadnienie chociaż nie obszerne to uwzględniało informacje odnoszące się do istoty niezgodności treści oferty, która wynikała z braku dwóch kolumn. Zamawiający wprawdzie nie rozwinął szerzej argumentacji dotyczącej braku możliwości oceny oferty, co ujęte zostało w odpowiedzi na odwołanie, to w ocenie Izby uzasadnienie to nie prowadziło do wykroczenia poza faktyczną podstawę decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**