

Sygn. akt: KIO 1030/18

Sygn. akt: KIO 1083/18

WYROK

z dnia 15 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **przez odwołujących:**

- A. w dniu 23 maja 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia DANLAB D. K., ul Handlowa 6A, 15-339 Białystok sygn. akt. 1030/18
- B. w dniu 30 maja 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Matrix Infralab Sp. z o.o. Sp. k., ul Nowopogońska 1, 41-200 w Sosnowcu, sygn. akt.1083/18

w postępowaniu prowadzonym przez Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku ul. Marii Curie Skłodowskiej 3a, 80-210 Gdańsk

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Firma Stolarska STOLBET G. B. , ul. Harcerska 9A, 83-200 Starogard Gdański, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1083/18 po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie w sprawie o Sygn. akt KIO 1030/18

2. kosztami postępowania obciąża DANLAB D. K., ul Handlowa 6A, 15-339 Białystok i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DANLAB D. K., ul Handlowa 6A, 15-339 Białystok tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od DANLAB D. K., ul Handlowa 6A, 15-339 Białystok kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku ul. Marii Curie Skłodowskiej 3a, 80-210 Gdańsk stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika poniesione przez zamawiającego.
3. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty odwołującego i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w sprawie Sygn. akt KIO 1083/18
4. Kosztami postępowania obciąża Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku ul. Marii Curie Skłodowskiej 3a, 80-210 Gdańsk
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Matrix Infralab Sp. z o.o. Sp. k., ul Nowopogońska 1, 41-200 w Sosnowcu, sygn. akt.1083/18
 - 4.2. zasądza od Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku ul. Marii Curie Skłodowskiej 3a, 80-210 Gdańsk kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Matrix Infralab Sp. z o.o. Sp. k., ul Nowopogońska 1, 41-200 w Sosnowcu tytułem uiszczonych wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2164 ze 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały połączone do wspólnego rozpoznania sprawy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w przetargu nieograniczonym numer ZP/19/2018 na „Dostawę wraz z montażem mebli laboratoryjnych ujętych w 2 pakietach dla potrzeb realizowanej inwestycji pn. „Budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej” ogłoszonym przez Gdański Uniwersytet Medyczny to jest zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2018/S 051-112516

Sygn. akt KIO 1030/18

Odwołująca czynnościom zamawiającego, wskutek których oferta odwołującej została odrzucona, zarzuciła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w wyniku których zamawiający stwierdził „niezgodność treści oferty z treścią SIWZ”, podczas gdy w ocenie odwołującej złożona oferta odpowiada warunkom SIWZ. Odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu: 1) anulowanie podjętej czynności w stosunku do jej oferty, 2) ponownej oceny ofert; 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej to jest oferty odwołującej. Odwołująca przedstawiła argumentację formalną i prawną jak poniżej. W dniu 18 maja 2018 roku odwołująca została poinformowana drogą elektroniczną o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołująca składając odwołanie powołuje się na posiadanie interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku przyjęcia jego oferty zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika z zestawienia ofert z dnia 24.04.2018 r. Odwołująca przywołała treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jej oferty wskazując, iż u podstaw decyzji zamawiającego była wadliwa ocena oferowanego zawiasu puszkowego firmy Blum - CLIP TOP BLUMOTION 71B3550 z prowadnikiem 173H7100, który w ocenie zamawiającego nie może być zastosowany do montażu drzwiczek w szafkach narożnych typu „DLr”, „DPr” gdzie zamawiający wymagał zastosowania zawiasów do drzwi równoległych - załącznik nr 4.1 {Pakiet 1) str. 5 uwagi punkt „r”. Z powyższego stwierdzenia wynika, że odwołująca nie kwestionuje okoliczności, iż zamawiający wymagał zawiasów równoległych. Jednak w jej ocenie stanowisko zamawiającego pozostaje dalece wadliwe albowiem: a/ jak wynika z treści opisowej przedmiotu zamówienia w części dotyczącej zawiasów, miały być one

wykonane w następujący sposób: Drzwi montowane na metalowych zawiasach puszkowych ze sprężyną zamykającą, o średnicy 35 mm, kąt otwarcia powyżej 100 stopni, regulacja w trzech płaszczyznach. Liczba zawiasów przypadająca na jedne drzwi musi być zgodna z zaleceniami montażowymi producenta. Zawiasy muszą posiadać gwarancję wytrzymałościową, (potwierdzoną oświadczeniem ich producenta) na 200 000 cykli otwierania i zamykania- załącznik numer 4.1 (pakiet 1) str. 2 wersy 7-11.

Na tak postawione warunki, w ocenie odwołującej pozostaje bezspornym, iż oferowane przez odwołującą zawiasy spełniają powyższe wymogi, co dodatkowo potwierdza zaświadczenie producenta Blum Polska Sp. z o.o. b/ szczegółowa analiza wymogów stawianych szafkom narożnym zamieszczone na str. 5 w/w załącznika, których niespełnienie uzasadnia w ocenie zamawiającego odrzucenie oferty odwołującej się, nie potwierdza zasadności stanowiska zamawiającego albowiem: Zamawiający w rzeczywistości nie zgłosił w ramach ogłoszonego przetargu na szafki narożne, albowiem jak wynika z treści w/w załącznika strony 56-57, ogłoszenie dotyczy zwykłych szafek dolnych (podblatowych), które co do zasady oczywiście mogą stać „w rogu” ale nie muszą. Na tej zasadzie każda szafka może być nazwana przez zamawiającego szafką narożną bo też i nikt zamawiającemu nie zabroni dowolnego usytuowania zamówionych szafek, Tym niemniej jednak nie zmienia to faktu, iż jest to zwykła szafka, różniąca się od innych jedynie tym, iż nie jest otwierana na całej szerokości przez co użytkujący szafkę jest pozbawiony możliwości swobodnego korzystania z całej powierzchni zamontowanych w niej półek, użyty w treści w/w załącznika wymóg sformułowany: „drzwi montowane na zawiasach równoległych zgodnie z ogólnym opisem; zawiasy o kącie otwarcia min. 95 stopni”; "pozostaje sprzeczny z treścią ogólnego opisu, w którego treści nie ma wymogu otwarcia min. 95 stopni ale minimum 100 stopni a przede wszystkim nie ma wymogu zawiasu równoległego. Dalej w swych wywodach odwołująca podkreśla, że żadna norma branżowa techniczno-budowlana nie wprowadza definicji „zawiasu równoległego” a użyte w treści SIWZ sformułowanie nie jest przez zamawiającego zdefiniowane. Zamawiający ani w SIWZ ani w swej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującej nie wskazuje w żaden sposób, jakie wymogi winien spełniać zawias równoległy, i w tym kontekście jakich wymogów nie spełnia - w ocenie zamawiającego - zawias zaoferowany przez odwołującą się. Dalej odwołująca stwierdza, że „dyskwalifikacja” oferowanego zawiasu, w kontekście braku definicji zawiasu równoległego, jawi się jako arbitralna decyzja zamawiającego a rozstrzygnięcie w tej części należy uznać za gołosłowne, nie znajdujące oparcia ani w obowiązujących normach, ani też w treści wymogów przetargu; c/ z uwagi na powyższe okoliczności tj. brak korelacji pomiędzy warunkami ogólnymi a warunkami szczególnymi odsyłającymi w swej treści do postanowień

warunków ogólnych należy uznać, iż odpowiedź na pytanie, czy przedstawiona przez odwołującą się oferta spełnia funkcjonalne założenia ogłoszonego przetargu, wymaga szczegółowej analizy graficznej części specyfikacji i która to weryfikacja pozwala i nakazuje przyjęcie stanowiska, iż złożona przez odwołującą się oferta spełnia techniczno-funkcjonalne założenia i wymogi zamawiającego a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującej było wadliwe i jako takie wymaga sanacji. Bezspornym albowiem pozostaje, iż zamawiający w swej części ani opisowej ani graficznej w żaden sposób nie określił i nie narzucił sposobu montażu zawiasów pozostawiając te zagadnienie do rozstrzygnięcia oferentom.

Podkreśla odwołująca również, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01 sierpnia 2017 roku wydanym w sprawie KIO 1463/17 „Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty; gdyż art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z SIWZ”. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego powtórzone.

Sygn. akt KIO 1030/18

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. to jest przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 221.000,00 euro. Przedmiotowe odwołanie dotyczy pakietu nr 1 (jeden).

Zamawiający w piśmie z dnia 18.05.2018 roku zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty w Pakiecie nr 1 poinformował o odrzuceniu oferty odwołującej, jako podstawę prawną przywołując art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty zamawiający stwierdza: „W złożonej ofercie Wykonawca oświadczył, iż do produkcji mebli użyje następujących surowców i wyrobów gotowych, które zostały ujęte w wycenie oferty: poz.1 wykazu surowców i wyrobów gotowych, Wykonawca zaoferował tylko jeden zawias puszkowy firmy Blum-CLIP TOPBLUMOTION 71B3550z przewodnikiem 173H7100. Oferowany zawias nie może być zastosowany do montażu drzwiczek w szafach narożnych typu:”DLr...”, „DPr...” gdzie Zamawiający wymagał zastosowania zawiasów do drzwi równoległych –Załącznik nr 4.1. (Pakiet1) str.5, Uwagi –punkt „r”. W uzasadnieniu czynności zamawiający stwierdził: Ze względu na art.84 ust.1 ustawy pzp. zmiana oferty jest możliwa wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert, zaś zgodnie z art.87 ust.1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty w toku jej badania i oceny, Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o powyższe artykuły, gdyż skutkowałoby to zmianą treści wcześniej złożonej oferty, aby mogła ona być zgodna z treścią SIWZ. Bezspornym jest, iż kreowanie treści oferty po jej złożeniu i publicznym otwarciu, pozostawia innych wykonawców w sytuacji uniemożliwiającej równe konkurencje w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający postanowił jak na wstępie”.

Zamawiający swoje stanowisko z dnia 18.05.2018 roku podtrzymał również w odpowiedzi na odwołanie to jest w piśmie z dnia 12.06.2018 roku gdzie między innymi stwierdził jak poniżej. „Jednak w przypadku szafek narożnych typu: DLr60zl, DLr80,DPr80, DPr60, DLr60, Dlr60p Zamawiający postawił dodatkowy wymóg zastosowania innego typu zawiasu: ”drzwi montowane na zawiasach równoległych zgodnie z ogólnym opisem; zawiasy o kącie otwarcia minimum 95 stopni”, który spowodowany był odmienną konstrukcją szafek. Konstrukcje narożnych szafek (posiadających w kodzie oznaczeń literę „r”) Zamawiający przedstawił na rysunkach nr: 3,4 i 9. I to właśnie, do szafek narożnych w ocenie Zamawiającego, oferowany zawias przez odwołującego nie może być zastosowany. Szafki nie mogą być wykonane w technologii ich konstrukcji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, skoro niezbędny do ich

wykonania, zawias nie został zaoferowany. Zamawiający uznał, iż treść złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ, odrzucił ofertę na mocy art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Na rozprawie zamawiający zaprezentował zawiasy do drzwi równoległych jak i do drzwi prostopadłych. Cecha charakterystyczną zawiasów w zależności od rodzaju drzwi jest ich możliwość montażu i tak zawiasy do drzwi równoległych nie mogą być zamontowane na drzwiach prostopadłych w stosunku do boku szafki tylko zawiasy te są montowane na drzwiach tzw. ślepych, które nie są otwierane (chodzi o wykorzystywanie przestrzeni między ścianą a np. kaloryferem, wówczas szafka jest wsuwana między ścianą i kaloryfer, otwiera się tylko część przodu szafki a część drzwi szafki nie jest otwierana bo jest wsunięta między ścianę a np. kaloryfer a część drzwi otwiera się za pomocą zawiasów równoległych). Odwołująca zaprezentowała szafkę z drzwiami równoległymi do której zamontowała zawiasy do drzwi prostopadłych ale stosując dodatkowy wewnątrz szafki panel do zamontowania części zawiasu jak by była to szafa z drzwiami prostopadłymi (korpus szafy i drzwi pod kątem prostym a nie zawias do otwierania części drzwi – drzwi równoległych).

Izba rozpoznając odwołanie nie uwzględniła argumentacji odwołującej, która powoływała się na okoliczność, że szafek jest ponad tysiąc ok.1550 a szafek z zawiasami do drzwi równoległych jest niespełna 10 sztuk a poza tym montażu umywalek w szafkach będzie dokonywać odwołująca, która z problemem montażu umywalki w związku z dodatkowym panelem w szafce na którym montowany jest zawias do drzwi równoległych, potrafi technicznie sobie poradzić, co odwołująca potwierdziła na rozprawie. Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującej, która kwitując uwagi zamawiającego o utrudnionym myciu szafek w związku z montażem dodatkowego panelu na górnym korpusie szafki, nie widziała utrudnienia w myciu szafek.

Izba uwzględniając oświadczenia i wyjaśnienia stron jak również przeprowadzając dowód z oględzin przedstawionych przez zamawiającego zawiasów na drzwi równoległe i prostopadłe jak również z szafki dostarczonej przez odwołującą stwierdza, że oferta odwołującej w zakresie wymogu zawiasów do drzwi równoległych jest sprzeczna z treścią SIWZ. Bowiem w przypadku szafek narożnych typu: DLr60zl, DLr80,DPr80, DPr60, DLr60, Dlr60p zamawiający postawił dodatkowy wymóg zastosowania innego typu zawiasu: ”drzwi montowane na

zawiasach równoległych poz.1 wykazu surowców i wyrobów gotowych a odwołująca zaoferowała tylko jeden zawias puszkowy firmy Blum-CLIP TOPBLUMOTION 71B3550z z przewodnikiem 173H7100. Oferowany zawias nie może być zastosowany do montażu drzwiczek w szafach narożnych typu: „DLr...”, „DPr...” gdzie Zamawiający wymagał zastosowania zawiasów do drzwi równoległych –Załącznik nr 4.1. (Pakiet1) str.5, Uwagi – punkt „r”.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym brak podstaw prawnych w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp do uwzględnienia odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującej wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedstawionej faktury vat.

Sygn. akt KIO 1083/18

W odwołaniu następująco wskazano czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy: Zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wskazał na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez niezgodne z zasadami prawa odrzucenie oferty odwołującego. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania: Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wnosi o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: 1. ponownej oceny spełnienia warunków przez ofertę odwołującego 2. unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert; 3. dokonania ponownego badania i oceny

ofert złożonych w postępowaniu 4, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; 5. obciążenia kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie: Odwołujący w dniu 23.05.2018 r. został poinformowany przez zamawiającego o wyborze oferty Wykonawcy "Firma Stolarska STOLBET, G. B." jako najkorzystniejszej. Oferta odwołującego została odrzucona z powodu zaoferowania w ocenie zamawiającego nieprawidłowej płyty meblowej, z której mają zostać wykonane fronty mebli. W tym zakresie zarzuca się odwołującemu że: 1) "Oferowana płyta nie znajduje się w podstawowej ofercie producenta jako: Kolekcja DST-Xpress. Kolekcje (katalogi): DST oraz Designerska, w ramach których jest oferowana płyta, są produkowane na zamówienie." 2) "Na podstawie uzyskanych informacji telefonicznych od producenta (Pfleiderer) oraz czołowych hurtowni - przedstawicieli partnerskich, zamawiający powziął wiedzę, iż produkcyjny czas oczekiwania na płytę wynosi od 4 do 6 tygodni. Dodatkowo producent określa minimalne ilości zamawianych płyt - wielkość pełnych palet (28 szt. / paletę - 164,64m²)." 3) niska dostępność materiału na rynku spowoduje brak możliwości spełnienia wykładni art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp ze względu na brak dostępu potencjalnych wykonawców do materiału przy mniejszych zamówieniach lub uzyskanie ich dostępu po znacznie zawyżonej cenie co dodatkowo może spowodować znikome zainteresowanie przyszłymi postępowaniami w dostawach mebli. 4) "Zamawiający zauważa również, że oferowana płyta U15574 żółty aksamit o kolorystyce NCS: S0540-Y10R (informacja na stronie internetowej producenta Pfleiderer) znacznie odbiega od wymaganej kolorystyki RAL (D) 0859030 (odpowiednik NCS S0520-Y10/R). Oferowany kolor różni się odcieniem (o 20%) w stosunku do chromatyczności i zabielenia. Co powoduje znaczne różnice w tonie barwy oraz jej jasności. Zamawiający dokonał również fizycznej (wzrokowej) oceny porównawczej oferowanego koloru za pomocą wzornika RAL Design oraz firmowego wzornika płyt producenta. W ocenie Zamawiającego kolor jest bardziej intensywny (agresywny) mniej stonowany. Nie może być uznany za zbliżony do RAL (D) 0859030." Odwołujący wybrał producenta, rodzaj i kolor płyty na fronty oferowanych mebli na podstawie jedynego na ten temat opisu zawartego w specyfikacji na stronie nr 6 załącznika nr 4.2 do SIWZ. Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań co do kolekcji w jakiej znajdować ma się dana płyta. Nieuprawnione więc jest na etapie oceny ofert, żądanie od wykonawcy, aby dana płyta znajdowała się w kolekcji DST-Xpress, czy jakiegokolwiek innej. Dla wyjaśnienia płyta o symbolu U15574, która została przedstawiona na stronie nr 29 oferty Odwołującego znajduje się w katalogu podstawowych produktów (dokładnie w kolekcji DST tego producenta) i jest dostępna na rynku Polskim (katalog w wersji ogólnej w załączeniu). W przypadku wymaganego koloru frontów, zbliżonego do RAL (D) 0859030 wśród wymaganych producentów, u których należało dobrać rodzaj i kolor płyty nie ma idealnie pasującego

odpowiednika. Dlatego dla Odwołującego zapis : “ zbliżony do RAL(D) 0859030” był jasny co do wymogu kolorystycznego. Odwołujący czytając te zapisy nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że Zamawiający pozostawił w gestii wykonawcy dowolność wyboru koloru zbliżonego i nie wymaga dostawy ściśle określonego koloru. Wobec powyższego, według oceny Odwołującego, analizując wymogi SIWZ nie zaistniała żadna przesłanka do zadania pytania co do treści SIWZ. W powyższym zakresie wymogi były sformułowane prawidłowo i proporcjonalnie do zakresu dostawy. Zamawiający chcąc nie ograniczać konkurencji bardzo często podają w podobnych zamówieniach przybliżoną kolorystykę wykonania i nie budzi to wśród wykonawców żadnego zaskoczenia. Mając na uwadze spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego firma Matrix Infralab brała pod uwagę zarówno kolorystykę i dostępność proponowanych materiałów. Po dobraniu koloru, sprawdzono jego dostępność na rynku. Informacja o dostępności wybranych materiałów pozwoliła firmie Matrix Infralab zaproponować najkrótszy, przewidziany w specyfikacji termin (6 tygodni). Zaproponowana przez Matrix Infralab płyta U1574 żółty aksamit znajduje się w podstawowym katalogu firmy Pfleiderer - Katalog „Program Ogólny 2017-2020” (na str. 70). Katalog ten został wprowadzony na rynek polski po to aby dostępność kolorów była taka sama na całym świecie [https://www.pfleiderer.com /product_assets/PDF/7/97/297/IM0014297.PDF](https://www.pfleiderer.com/product_assets/PDF/7/97/297/IM0014297.PDF) Wymieniony katalog, ale tylko w wersji elektronicznej i w celach marketingowych, dzieli się na podkatalogi/kolekcje, np. Kolekcja Magazynowa, Kolekcja DST-Epress, Designerska Kolekcja itp. Producenci swoją ofertę często grupują pod różnymi nazwami. Kronospan posiada Kronodesign, Kronoart czy Kronooriginal. Z kolei Swisskrono używa określeń Kolekcja Symfonia czy Kolekcja One Word. Nie ma to nic wspólnego z dostępnością. Zaproponowana przez nas płyta meblowa mieści się w Katalogu obowiązującym do 2020 roku. Ponadto w w/w katalogu są płyty z dekorami produkowane na zapytanie oznaczone „5)” Płyta o numerze U15574 nie posiada takiego symbolu, co oznacza, że jest produktem standardowym. Jednocześnie chcielibyśmy zauważyć, że każda płyta dowolnego producenta może być w danej chwili niedostępna i będzie konieczność czekania na nią. Dostępność może jedynie oznaczać możliwość zakupu, a i tak w danej chwili nie mamy pewności, że konkretna płyta, w ilości nas interesującej, jest na magazynie. Ponadto z naszego doświadczenia (istniejemy na rynku od 1991 roku) wiemy, że producenci płyt wielokrotnie wycofują dane kolory płyty bez podania przyczyny. Nie ma zatem gwarancji, że dany kolor będzie dostępny za kilka lat. Zapisany w SIWZ, minimalny okres realizacji 6-8 tygodni, dawał do zrozumienia wykonawcom konieczność dobrania takiego asortymentu materiałów aby zmieścić się z realizacją w tym terminie. Zamawiający na podstawie rozmów telefonicznych z „producentem oraz czołowymi hurtowniami” podaje, że minimalne zamówienie na przedmiotową płytę to 28 sztuk, a czas oczekiwania to 6-8 tygodni. Nasze rozeznanie rynku nie potwierdza tych informacji. Nie jest prawdą, że minimalna ilość jaką można zamówić wynosi 28 płyt. Zapytaliśmy dostawców o

mniejsze ilości. Na potwierdzenie tego załączamy korespondencję z firmą Pfleiderer i hurtowniami. Według naszego rozeznania rynku czas oczekiwania na płytę UI 5574 wynosi od jednego tygodnia do czterech, W sytuacjach gdy hurtownia ma płytę na stanie, dostawa następuje natychmiast. Nie wiemy z jakimi hurtowniami kontaktował się Zamawiający, Być może „czołowe hurtownie” prowadzą politykę dużych ilości, jednak Zamawiający nigdzie nie postawił wymogu, że wykonawcy muszą się zaopatrywać w określonych hurtowniach, w których będzie sprawdzana dostępność, a towar musi być na stanach magazynowych. Zamawiający w powyższym zakresie wymagał, aby oferowana płyta znajdowała się w katalogu podstawowym i ma być dostępna, taki wymóg został jednoznacznie potwierdzony. Specyfikacja nie zawiera sformułowania nt. wymogu o ilościach w jakich ma być dostępna dana płyta u wybranych przez zamawiającego hurtowników. Nie znajdują się tam również wymogi nt. minimalnych ilości płyt, które mogą być zamawiane u wybranych przez zamawiającego dostawców. Dlatego zarzuty w tym zakresie nie są uprawnione. Zwrócić należy uwagę, iż wymagania zawarte w cytowanych punktach nie zostały sprecyzowane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w treści ogłoszenia. Oznacza to, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego działał w sprzeczności z zapisami art. 89.ust.1 pkt 2. Należy również dodać, że pomimo, że na stronie nr 2 załącznika nr 5 (pakiet nr 2) widnieje uwaga, że w przypadku wątpliwości dotyczących oferowanych produktów zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawiania kart katalogowych oraz opisów nt. oferowanych rozwiązań - zamawiający jednak nie skorzystał z tej formy kontaktu. Na etapie wyboru oferty, zamawiający nie jest uprawniony do formułowania nowych wymagań. Tym samym firma Matrix Infralab spełniła wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego w SIWZ. Zamawiający poddaje w wątpliwość dobór koloru części płyt. Zamawiający w specyfikacji zaznaczył kolory płyty żółty pastelowy według palety RAL Design - zbliżony do 859030. Paleta RAL Design obejmuje 1625 barw. Natomiast producenci płyt laminowanych posiadają paletę unicolor np. Pfleiderer 360 kolorów a Kronospan tylko 60 kolorów. Oczywiście jest, że nie da się dobrać takiego samego koloru jaki podał Zamawiający, może być co najwyżej zbliżony, co jest oceną subiektywną. W celu spełnienia wymagań Zamawiającego, firma Matrix Infralab skorzystała z oferty Pfleiderer, która posiada najszerszą gamę kolorystyczną na rynku. Firma Pfleiderer posiada siedem kolorów żółtych w swojej ofercie, natomiast Kronospan tylko dwa. Firma Matrix Inffalab dokonała wszelkich starań aby spełnić wymagania zamawiającego. Zamawiający wymagał koloru zbliżonego do RAL 859030, firma Matrix Infralab zaoferowała kolor UI5574, który jest zbliżony wg. wymagań zamawiającego. Jednocześnie zasięgnęliśmy opinii artysty - plastyka, który dokonał oceny w tym zakresie (opinia w załączeniu). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty firmy Matrix Infralab podaje, że wymagana przez niego kolorystyka to odpowiednik NCS S0520-Y10R. Jest to subiektywne odczucie zamawiającego, ponieważ nie ma bezpośredniego

przełożenia tych wzorników. Są to dwie różne palety barw, które nie posiadają swoich odpowiedników, możemy mówić jedynie o podobieństwie. Ponadto zamawiający wcześniej niż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie posługiwał się paletą barw według NCS - brak takich zapisów w SIWZ, Na etapie wyboru oferty, zamawiający nie jest uprawniony do formułowania nowych wymagań. Jednocześnie chcielibyśmy się odnieść do innego koloru płyty jaki zamawiający opisał w SIWZ tj jasnoszary zbliżony do RAL 7035. Firma Pfeleiderer umieszcza odpowiedniki swoich kolorów do wzornika NCS oraz w niektórych przypadkach do palety RAL. W przypadku koloru RAL 7035 firma Pfeleiderer dobrała kolor w swojej palecie i jest to U12188. W tym przypadku można było dobrać dokładny kolor do wymaganego wg RAL. Oferta firmy Matrix Infralab zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zaoferowała U121288 co jest odpowiednikiem RAL 7035. Oferta firmy Stolbet uwzględnia kolor jasnoszary firmy Pfeleiderer U12190, który nie ma w katalogu producenta odnośnika w palecie RAL 7035. Skoro Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy Stolbet spełnia wymagania specyfikacji pomimo doboru koloru zbliżonego do RAL 7035 to w myśl zasad uczciwej konkurencji winien uznać, że oferta odwołującego również spełnia wymagania SIWZ. Odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty posiadającej tożsame parametry jest znaczącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie określił wymogi, co do treści oferty i przedmiotu świadczenia. Zamawiający nie ma prawa na etapie badania i oceny ofert zmieniać uprzednio wskazanych w SIWZ wymagań, względem niektórych tylko Wykonawców. Takie działanie niewątpliwie stanowi naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców w postępowaniu. Zamawiający nie może także na etapie badania i oceny ofert modyfikować specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uprzednio określonych wymagań względem dostaw. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10). Wykonawca Matrix Infralab spełnił wszystkie wymagania zapisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie ma więc podstaw do odrzucenia oferty firmy Matrix Inffalab uzasadniając to rozmowami telefonicznymi z wybranymi dostawcami płyt oraz w wyniku subiektywnego odczucia dotyczącego różnic w zakresie doboru koloru.

Sygn. akt KIO 1083/18

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. to jest przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 221.000,00 euro. Przedmiotowe odwołanie dotyczy pakietu nr 2 (dwa).

Zamawiający pismem z dnia 23 maja 2018 roku zawiadomił wykonawców o dokonanej wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty wykonawcy przystępującego po jego stronie oraz powiadomił o odrzuceniu trzech ofert w tym oferty odwołującego. Jak podniesiono w odwołaniu przyczyną odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego była stwierdzona sprzeczność treści oferty z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) czyli art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Na tle obowiązujących postanowień SIWZ odnoszących się do planowanych zamówień uzupełniających wyposażenia pomieszczeń laboratoryjnych zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił wymagań co do zaoferowania płyt wiórowych laminowanych ogólnie dostępnych na rynku polskim, ze szczególnym uwzględnieniem kolorystyki głównych firm produkujących tego typu płyty – takich jak: Pfleiderer, Kronospan, Swiss Krono, Egger. Proponowane kolory płyt przez Wykonawców muszą zawierać się w podstawowych katalogach powyższych firm. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego zaznaczył, że tak sformułowane wymogi co do dostępności płyt meblowych i ich kolorystyki podyktowane są kolejnymi planowanymi zamówieniami mebli w związku z wyposażeniem sprzętowo-technologicznym laboratoriów, postępowania na udzielenie tych zamówień prowadzone są równolegle. W przeciwnym przypadku zdaniem zamawiającego można by jemu postawić zarzut naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień, które sprowadzają się do zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, przejrzystości. Zamawiający stwierdza, że kolejne jak nazywa małe zamówienia będzie mógł zrealizować wykonawca, który jest w posiadaniu oferowanej, konkretnej płyty U15574. Poza tym z uwagi na limity zamówieniowe zainteresowanie konkurencyjnych wykonawców może być znikome lub ceny oferowanych zamówień mogą być niewspółmiernie wysokie w stosunku do oczekiwań zamawiającego. Zaoferowana płyta nie występuje w zbliżonej kolorystyce u innych producentów płyt. Reasumując wykonawca nie zaoferował płyty z oferty zawartej w podstawowych katalogach producenta. Kolejnym argumentem twierdzenia zamawiającego, że treść oferty odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ to kolor oferowany żółty aksamit o kolorystyce NCS: S0540-Y10R oferowanej płyty U15574, znacznie odbiega od wymaganej kolorystyki RAL (D) 0859030. Oferowany kolor różni się odcieniem 20% w stosunku do chromatyczności

i zabielenia. Powyższe powoduje znaczne różnice w tonie barwy i jej jasności. Zamawiający dokonał fizycznej oceny wzrokowej porównawczej koloru oferowanego a koloru wymaganego i stwierdził, że oferowany kolor jest bardziej intensywny (agresywny) , mniej stonowany i nie może być uznany za zbliżony do wymaganego określonego przez zamawiającego to jest RAL (D) 0859030.

Z tych powyższych dwóch powodów oferta odwołującego została odrzucona to jest braku dostępności płyt meblowych na rynku i braku zbliżonej kolorystyki oferowanych płyt do wymaganej kolorystyki przez zamawiającego. Zamawiający również oświadczył się w tym zawiadomieniu, że nie skorzystał z art. 87 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ zmiana oferty jest tylko możliwa przed jej złożeniem na co wskazuje art.84 ust.1 ustawy Pzp. i stawiałoby to pozostałych wykonawców w sytuacji nierównego konkurowania.

Na rozprawie odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego zaprzeczył twierdzeniu o braku dostępności oferowanych płyt jak i rozbieżności kolorystycznej w stosunku do opisanej w SIWZ przez zamawiającego. Na te okoliczność przedstawił korespondencję mailową z Panią A. K. Stolarstwo Majer z dnia 12 czerwca 2018 r. na temat dostępności płyty Pfleiderer U15574 zaoferowanej przez odwołującego. Z udzielonych odpowiedzi wynika, że płyta Pfleiderer U15574 znajduje się w katalogu „Program Ogólny 2017-2020” i jest dostępna. W przypadku braku w danej chwili płyty na stanie magazynowym, czas oczekiwania może wynieść maksymalnie 4 tygodnie. Co do ilości zakupu na pytanie odwołującego (Prokurent Komplementariusza Infralab Sp. z o.o. P-a A. K.) „czy oferta dotyczy dowolnej ilości płyt (2-3 sztuki)”. Uzyskano odpowiedź, że jest możliwość zakupu dowolnej ilości płyt U15574. Co do kolorystyki płyt P-n A. K. otrzymał odpowiedź od P-a M. K. Menadżera Rynku Area Sales Manager z której wynika, że „Program Ogólny 2017 -2010” jest podstawowym katalogiem do pracy z dekorami /naszymi materiałami, płyta w kolorze U15574 żółty aksamit znajduje się w tym katalogu (na pytanie „Bardzo proszę o potwierdzenie, że płyta w kolorze U15574 żółty aksamit znajduje się w katalogu podstawowym „Program Ogólny 2017 -2010”).

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe ze wskazanych przez strony dokumentów, opinii opisanych i wskazanych powyżej oraz w kontekście postanowień SIWZ wskazuje na nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ

odwołujący składając ofertę nie naruszył zasady uczciwej konkurencji ani równego traktowania stron art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp.

Reasumując poruszając się w ramach postanowień SIWZ obligujących wykonawcę do dostawy materiałów „ogólnie dostępnych na rynku polskim, ze szczególnym uwzględnieniem kolorystyki głównych firm produkujących tego typu płyty – takich jak: Pfleiderer, Kronospan, Swiss Krono, Egger. Proponowane kolory płyt przez wykonawców muszą zawierać się w podstawowych katalogach powyższych firm, kolor zbliżony do wymaganego określonego przez zamawiającego to jest RAL (D) 0859030” odwołujący spełnił wymagania SIWZ. Tym samym odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący:

