

Sygn. akt: KIO 2649/12

POSTANOWIENIE
z dnia 13.12.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **13.12.2012 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03.12.2012 r.** przez **W..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa ARKAN W..... W....., ul. Migowska 61 lok. 1, 80-287 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Węgrzynowicza 13, 84-300 Lębork**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz W..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa ARKAN W..... W....., ul. Migowska 61 lok. 1, 80-287 Gdańsk kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych (19 zadań) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „DOSTAWY ŚRODKÓW CZYSTOŚCI”, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Węgrzynowicza 13, 84-300 Lębork zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 419714 – 2012, data zamieszczenia 26.10.2012 r.

W dniu 27.11.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu W..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa ARKAN W..... W....., ul. Migowska 61 lok. 1, 80-287 Gdańsk zwanego dalej: „Firma Handlowo Usługowa ARKAN W..... W.....” albo „Odwołującym” w zadaniu 8 i 16 oraz odrzuceniu jego oferty w zadaniu 1, 2 i 6.

W dniu 03.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” wpłynęło odwołanie Firmy Handlowo Usługowa ARKAN W..... W..... od w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.12.2012 r. (e-mailem). Odwołujący stwierdził, że składa odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu go z postępowania (dot. zadania 8 i 16) oraz odrzuceniu jego oferty (dot. zadania 1, 2 i 6) oraz zaniechania Zamawiającego przesłania Odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej zawierającej uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia z postępowania innych Wykonawców oraz odrzucenia innych ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty;
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących treści oferty;
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania;
5. art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w przypadku zadania 2 oraz niewłaściwe jego zastosowanie w przypadku zadań 8 i 16, tj. niewskazanie w wezwaniu konkretnych braków, jakich uzupełnienia oczekuje Zamawiający;
6. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 Pzp poprzez zaniechanie poinformowania Odwołującego o powodach (uzasadnieniu faktycznym i prawnym) wykluczeń innych Wykonawców oraz odrzuceń innych ofert;

7. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie w poszczególnych zadaniach ofert, które nie stanowią ofert najkorzystniejszych w świetle przyjętego kryterium oceny ofert cena - 100%. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach 1, 2, 6, 8, 16,
- powtórzenia czynności badania i oceny oferty Arkan złożonych w ww. zadaniach,
- przekazania Wykonawcom informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych zawierającej wszystkie wymagane Pzp informacje,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego w zadaniach 1, 2, 6, 8, 16 jako najkorzystniejszej.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp, uznając iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp). Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i wskazał że odrzucenie oferty (ofert częściowych) i wykluczenie z postępowania odbyło się z naruszeniem przepisów Pzp oraz zasady równego traktowania wykonawców. Treść SIWZ: Jak wynika z treści SIWZ (Rozdział VII), oferta miała zawierać:

- wypełniony Formularz Oferty (załącznik nr 1);
- wypełniony szczegółowy Arkusz asortymentowo-cenowy (załącznik nr 5);
- pełnomocnictwo określające jego zakres w przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik;
- informację czy Wykonawca posiada certyfikat ISO,
- dokumenty i oświadczenia opisanych w Rozdziale III siwz.

Tabela: Arkusz a asortymentowo-cenowy (Załącznik nr 5), zawierała następujące kolumny wypełnione przez Zamawiającego:

<i>Asortyment</i>	<i>wymagana</i>	<i>Jm</i>	<i>ilość</i>
	<i>ilość próbek</i>		

Oraz niżej wymienione wypełnienia przez Wykonawców.

<i>cena jednostkowa netto</i>	<i>wartość netto</i>	<i>VAT [%]</i>	<i>cena jednostkowa brutto</i>	<i>wartość brutto</i>	<i>nazwa producenta i kraj pochodzenia</i>	<i>numer katalogowy</i>	<i>nazwa oferowanego towaru*</i>
-------------------------------	----------------------	----------------	--------------------------------	-----------------------	--	-------------------------	----------------------------------

Wskazany Załącznik nr 5, w zakresie w jakim, wypełniał go Zamawiający stanowiła jednocześnie opis przedmiotu zamówienia.

W polu „nazwa ofertowanego towaru” Zamawiający wstawił odesłanie, które opisał następująco: **Zamawiający dopuszcza zaoferowanie produktów równoważnych o skuteczności odpowiadającej produktom, których nazwę należy wpisać w kolumnie o nazwie: "nazwa oferowanego towaru".* Dopuszczenie oferowania produktów

równoważnych wynikało także z treści Rozdziału 1 ust. 5 SIWZ.

W Rozdziale III B. SIWZ Zamawiający określił warunki przedmiotowe:

„1. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda dostarczenia:

1) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym:

- świadectwa dopuszczające dany produkt do obrotu:*
 - aktualne karty charakterystyki substancji niebezpiecznej lub preparatu niebezpiecznego.*
- próbki oferowanego asortymentu w ilościach określonych w formularzu asortymentowo - cenowym;*
- opis oferowanego asortymentu, potwierdzające spełnianie parametrów opisanych w arkuszu asortymentowo-cenowym.”*

Mając na uwadze pierwszą z podstaw odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią ww. przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli *„jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*. Dokonana w orzecznictwie wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że stosując tę podstawę prawną, Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko wówczas, gdy merytoryczna, czyli mająca znaczenie prawne treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, tj. gdy oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia w innym zakresie bądź na innych warunkach niż określone w SIWZ. W swoich orzeczeniach KIO wskazywało m. in., iż: *„Czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie wtedy, gdy jasnym jest, że oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom opisanym w specyfikacji, a brak możliwości zgodnego z opisanymi wymaganiami wykonania umowy nie budzi wątpliwości”* - sygn. akt: KIO 2101/11, *„Odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nastąpić może w przypadku ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie odpowiada celowi opisanemu w SIWZ, a oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom wyrażonym w treści SIWZ”* - sygn. akt: KIO 2073/11, *„Treść oferty na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* - sygn. akt: KIO 1460/11. Z powyższego wynika, iż pojęcie *„treść oferty”* z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oznacza zakres świadczenia, jakie wykonawca podejmuje się wykonać na rzecz zamawiającego. Podstawa do odrzucenia oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ zachodzi więc wówczas, gdy świadczenie wykonawcy, do jakiego się zobowiązał w ofercie, jest rzeczywiście odmienne

od określonego w SIWZ.

Dot. zadania 1:

Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) zawierał następującą informację co do przedmiotu zamówienia w poz. 8 asortymentu: „*płyn do spryskiwaczy samochodowych letni 5L*”. Odwołujący zaoferował w tej pozycji „*płyn do szyb*” firmy Polin. Z tego powodu oferta Odwołującego złożona na zadanie 1 została odrzucona, jako nie odpowiadająca treści SIWZ. Z decyzją Zamawiającego w tym przedmiocie nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, wymagany „*płyn do spryskiwaczy samochodowych letni...*” jest niczym innym, jak płynem do mycia szyb. Płyn do spryskiwaczy samochodowych, jako środek czystości, służy bowiem nie tyle czyszczeniu spryskiwacza, ile myciu szyb samochodowych w okresie roku, w którym temperatury nie spadają poniżej zera. Zatem z praktycznego punktu widzenia pomiędzy płynem do spryskiwaczy samochodowych letnim a płynem do mycia szyb należy postawić znak równości. Jest to ten sam produkt, o tych samych właściwościach i składzie, któremu może być nadana różna nazwa (podobnie jak środek do usuwania plam może mieć nazwę np. odplamiacz do tkanin, odplamiacz do prania, preparat do usuwania plam itp.). Co ważne, Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby opis produktu na jego etykiecie był taki sam, jak przyjęta przez niego nazwa asortymentu, a taka właśnie różnica (w nazwie) stała się powodem odrzucenia jego oferty. Nie mamy tu więc do czynienia z sytuacją, w której zaoferowane świadczenie jest odmienne, niż wymagane w SIWZ, a z sytuacją, gdzie produkt w pełni zgodny z treścią SIWZ został nazwany w inny, używany w praktyce handlowej w branży środków czystości, sposób. Jeżeli nawet oferta Odwołującego w tym zakresie budziła wątpliwości Zamawiającego miał on obowiązek zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jak wynika z orzecznictwa (np. wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 5/09) w sytuacji kiedy wątpliwość co do treści SIWZ skutkować ma odrzuceniem oferty prawo żądania od wykonawcy wyjaśnień staje się obowiązkiem Zamawiającego. Tylko na marginesie wskazał, że nawet gdyby uznać, że mamy tu do czynienia z innym produktem (z czym Odwołujący się nie zgadza), jest to bez wątpienia produkt równoważny, o takich samych właściwościach i zastosowaniu, a oferowanie produktów równoważnych Zamawiający wyraźnie dopuszczał w SIWZ (Zgodnie z Załącznikiem 5 Zamawiający dopuścił oferowanie produktów równoważnych o skuteczności odpowiadającej produktom wskazanym w SIWZ, a ich nazwę należało wpisać w kolumnie o nazwie: *"nazwa oferowanego towaru"*, co Odwołujący uczynił). Tym samym odrzucenie oferty częściowej na zadanie 1 narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie również art. 87 ust. 1 Pzp.

Dot. zadania 2:

Przedmiotem zadania 2 była dostawa 900 par produktu: „*rękawice gospodarcze, flokowane, z bawełnianą wyściółką wykonane z lateksu kauczuku naturalnego, tekturowane*”

na palcach i części chwytnej rękawicy, zróżnicowane na prawą i lewą dłoń". W tym zakresie Odwołujący zaoferował produkt firmy MERCATOR Polska, który odpowiada wymogom SIWZ. Jednocześnie Odwołujący dołączył do oferty próbkę dotyczącą innych rękawic, niż oferowane. Jak wynika z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 Pzp oraz § 5 Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów (...) próbki stanowią „dokument przedmiotowy”, który podlega wezwaniu do uzupełnienia. Nie budzi też wątpliwości, że uzupełnieniu podlega zarówno brak dokumentu (próbki) w ogóle, jak i złożenie dokumentu (próbki) wadliwego, w tym przypadku próbki dotyczącej innego produktu, niż oferowany. W niniejszej sprawie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego wezwanie o uzupełnienie z 19.11.2012 r. nie dotyczyło uzupełnienia próbki w Zadaniu 2, choć dotyczyło m.in. uzupełnienia próbek w innych zadaniach objętych Postępowaniem. Tym samym Zamawiający jest świadomy, że próbki podlegają uzupełnieniu, jednak zaniechał jej wezwania w odniesieniu do przedmiotowych rękawic. *Zatem zaniechanie wezwania do uzupełnienia próbki i odrzucenie oferty częściowej Odwołującego na zadanie 2 stanowi naruszenie Pzp.*

Dot. zadania 6:

Przedmiotem pozycji 2 zadania 6 była dostawa: *„ręcznik do dozownika w roli, dwu warstwowy, bezwonny, biały, 1 warstwa celulozy wykonana w technologii TAD (18,5-19 gram/m²), 2 warstwa makulatura (23-24gramy/m²), o wymiarach: Szerokość roli: 21 cm, Długość roli: 150 m, Średnica roli: 19 cm, Wewnętrzna średnica rdzenia: 3.8 cm. Stopień białości minimum 80%. Dozownik w kolorze białym, wykonany z materiału ABS i MABS, z możliwością podglądu wkładu wewnątrz dozownika. Wyposażony wewnątrz w instrukcję wymiany wkładów, oraz poziomice do prawidłowego montażu dozownika. Dozownik o wymiarach 337mm x 372mm x 203mm. Dozowanie pierwszego listka za pomocą przycisku.”* Tej pozycji asortymentowej dotyczyło zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, nr 36 o treści: *„Czy zamawiający dopuszcza zaoferowanie ręcznika jedno warstwowego ...”* na które Zamawiający w dniu 05.11.2012 r. udzielił odpowiedzi, że dopuszcza ww. ręczniki (jednowarstwowe) pod warunkiem, że ręczniki będą one pasowały do systemu dozującego wymienionego w SIWZ. Tym samym, w dniu 05.11.2012 r. zmodyfikował treść SIWZ w zakresie wymagań dotyczących cech ww. produktu. Dokonana zmiana SIWZ jest wiążąca, zarówno dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawców. Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 27.11.2012 r. zaoferowanie w pozycji 2 zadania 6 ręcznika jednowarstwowego stało się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta w tym zakresie jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, w brzmieniu jej nadanym modyfikacją z 05.11.2012 r. W szczególności oferowany ręcznik jest odpowiedni do stosowania w posiadanych przez Zamawiającego dozownikach.

Odnosząc się do wskazania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący wskazał, iż czynność ta narusza omawiany przepis, gdyż przepis ten nie dotyczy w ogóle postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, a postępowań prowadzonych w trybach wieloetapowych (np. przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem).

Odnosząc się natomiast czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że Zamawiający może dokonać tej czynności wyłączenie po wypełnieniu obowiązków wynikających z treści art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zarówno dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych, jak i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego podlegają uzupełnieniu, na wezwanie Zamawiającego. Obowiązek wezwania o uzupełnienie / możliwość uzupełnienia dotyczył wszystkich dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w Rozdziale 3B SIWZ, w tym:

- Próbek oferowanego asortymentu,
- Opisów oferowanego asortymentu, potwierdzających spełnianie parametrów opisanych w arkuszu asortymentowo-cenowym, jako dokumentów wymienionych w § 5 ust. 1 Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów w sprawie rodzajów (...). Wskazał, że SIWZ nie zawierała żadnych dodatkowych informacji na temat tego, co mają zawierać wymagane w niej „opisy oferowanego asortymentu”, jedyną informacją w SIWZ w tym zakresie stanowiła, iż opisy oferowanego asortymentu mają potwierdzać spełnianie parametrów opisanych w arkuszu asortymentowo-cenowym (Załączniku nr 5 do SIWZ). Wskazał także, iż zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów powinien wskazać jakie widzi w nich konkretne braki, a wezwanie do uzupełnienia nie czyniące zadość takim wymogom nie wywołują skutku prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Potwierdzają to niżej wymienione orzeczenia: Wyrok KIO o sygn. akt: KIO 679/12 i KIO 700/12: *„Nawet w przypadku, gdy oferta zawiera braki, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy, bez uprzedniego wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, tj. wezwania o złożenie wyjaśnień, względnie o uzupełnienie dokumentów. (...). Bez spełnienia wymienionego wymogu ustawowego, wykonawca nie może zostać skutecznie wykluczony z postępowania. Izba rozpatrując niniejszą sprawę, miała na względzie akceptowany w orzecznictwie pogląd (wyrażony między innymi w orzeczeniu sygn. akt KIO/UZP 1454/08), że zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów powinien wskazać jakie widzi w nich konkretne braki, w przeciwnym wypadku, wykonawca może bowiem uzupełnić dokument w zakresie nie takim, jak oczekiwał tego zamawiający, a stwierdzony błąd pozostawić bez poprawy. Aktualność tego poglądu potwierdza wyrok Europejskiego Trybunału*

Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C-599/10 - w odniesieniu do zasady przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych, instytucja zamawiająca ma obowiązek zażądać udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty w poszanowaniu subiektywnego prawa procesowego jednostki do bycia wezwaną do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedłożonych dokumentów (...), w przypadku, gdy dyskusyjne lub niejasne zrozumienie oferty uczestnika przetargu, może prowadzić do jego wykluczenia (...). Trybunał między innymi, wyraził pogląd, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty. Bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do wyjaśnień, czy uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom, nie wywołują skutku, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, czy też do udzielenia wyjaśnień.”; Wyrok KIO sygn. akt: KIO/UZP 1454/08: „Z powyższego porównania jednoznacznie wynika, że Zamawiający wzywając Konsorcjum Online do uzupełnienia dokumentów wskazywał na inne braki niż te, które stały się później podstawą do wykluczenia Wykonawcy. Takie działanie Zamawiającego Izba uznała za naruszenie ustawy Pzp na etapie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że ustawodawca zezwala na stosowanie szczególnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jednak wobec braku wyraźnego wskazania w wezwaniu jakie braki widzi Zamawiający w złożonych dokumentach, wezwanie to w ograniczonym zakresie należy powtórzyć.”; Wyrok KIO sygn. akt: KIO/UZP 58/07: „mimo braku wyraźnego wskazania w ustawie zasadne jest, aby zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki. Za czynność wprowadzającą w błąd Wykonawcę można bowiem uznać wezwanie, które nie zawiera zastrzeżeń do treści już złożonych dokumentów, ponieważ w takiej sytuacji Wykonawca może uzupełnić dokument w zakresie, którego nie oczekuje Zamawiający, a stwierdzony przez niego błąd pozostawić bez poprawy”.

Dot. zadania 8:

Przedmiotem pozycji 1 w tym zadaniu była wg SIWZ (formularz asortymentowo - cenowy) dostawa produktu: „mleczko do czyszczenia z wybielaczem 550 ml. Typu DIX”. Pismem z dnia 19.11.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia „opisu oferowanego asortymentu, potwierdzającego spełnianie parametrów opisanych w arkuszu asortymentowo-cenowym”. Zamawiający nie wskazał, jakiej informacji nie zawiera opis zawarty w ofercie, tj. nie wskazał konkretnych braków, jakie zawierała - w jego ocenie -

oferta Odwołującego w tym zakresie. Jedyne wymaganie wobec tego opisu, zawarte w SIWZ oraz wezwaniu do uzupełnienia dotyczyło tego, że opis ma zawierać informacje potwierdzające spełnianie parametrów produktu opisanych w SIWZ (Zamawiający nie wskazał przykładowo, że ma zawierać opis zastosowania produktu, jego skład chemiczny itp.) Mając na uwadze powyższe Odwołujący dokonał uzupełnienia opisu, tj. w odpowiedzi na wezwanie doręczył Zamawiającemu nowy opis o treści „*Mleczko do czyszczenia z wybielaczem 500ml*” a więc opis, który w pełni potwierdza spełnianie parametrów produktu opisanych przez Zamawiającego w formularzu. To stało się jednak powodem decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jako Wykonawcy który nie potwierdził spełniania przez oferowane dostawy wymagań SIWZ. Decyzja ta narusza Pzp:

- po pierwsze dlatego, że uzupełniony opis spełnia wymagania SIWZ, gdyż potwierdza wszystkie wymagane przez Zamawiającego cechy produktu, co jest zgodne z wymaganiem SIWZ,
- po drugie dlatego, że wezwanie do uzupełnienia nie wskazywało konkretnych braków, jakie w ocenie Zamawiającego zawierał opis załączony do oferty, zatem nawet ewentualne uznanie, że uzupełniony opis jest niewystarczający spowodować musi ponowne wezwanie o uzupełnienie, określające konkretne oczekiwania Zamawiającego wobec opisu,
- po trzecie dlatego, że Wykonawca dołączył do uzupełnienia kartę charakterystyki w/w produktu, która zawierała wszystkie szczegółowe informacje na temat oferowanego asortymentu. Zamawiający jest więc w posiadaniu dokumentów, na podstawie których może stwierdzić niewątpliwe spełnianie przez oferowany produkt jego wymagań, określonych w SIWZ. W żaden sposób nie można więc uznać, że Odwołujący nie potwierdził spełniania wymogów przedmiotowych - przeciwnie, ich spełnienie jasno wynika z dokumentów dołączonych do uzupełnienia. Tylko na marginesie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wezwał go o uzupełnienie opisu również dla pozycji 2 ww. zadania, który to opis został sporządzony w sposób analogiczny, jak dla poz. 1 i sposób opisania asortymentu w poz. 2 nie stał się podstawą do uznania, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków przedmiotowych. Zatem sam sposób oceny przez Zamawiającego dokumentów uzupełnionych w poz. 2 pokazuje, iż brak było podstaw do wykluczenia z postępowania w zadaniu 8.

Dot. zadania 16:

Również w tym przypadku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia opisu oferowanego asortymentu dla poz. 1. Wymaganie Zamawiającego w tej pozycji brzmiało: „*rękawice foliowe do żywności 100 szt./op*” a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia Odwołujący podał następujący opis produktu : „*Rękawice foliowe do żywności opakowanie 100szt*”, tak więc opis potwierdzający spełnianie wszystkich podanych przez Zamawiającego parametrów produktu. Analogicznie, jak w przypadku zadania 8, decyzja ta

narusza Pzp:

- po pierwsze dlatego, że uzupełniony opis spełnia wymagania SIWZ, gdyż potwierdza wszystkie wymagane przez Zamawiającego cechy produktu, co wyczerpuje wymagania SIWZ,
- po drugie dlatego, że wezwanie do uzupełnienia nie wskazywało konkretnych braków, jakie w ocenie Zamawiającego zawierał opis załączony do oferty, zatem nawet ewentualne uznanie, że uzupełniony opis jest niewystarczający spowodować musi ponowne wezwanie o uzupełnienie, określające konkretne oczekiwania Zamawiającego wobec opisu,
- po trzecie dlatego, że Wykonawca dołączył do uzupełnienia kartę charakterystyki w/w produktu, która zawierała wszystkie szczegółowe informacje na temat oferowanego asortymentu. Zamawiający jest więc w posiadaniu dokumentów, na podstawie których może stwierdzić niewątpliwe spełnianie przez oferowany produkt jego wymagań, określonych w SIWZ. W żaden sposób nie można więc uznać, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia wymogów przedmiotowych - przeciwnie, ich spełnienie jasno wynika z dokumentów dołączonych do uzupełnienia.

Wskazał też, że Zamawiający oceniał oferty nierówną miarą, w sposób sprzeczny z zasadą wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp (równe traktowanie Wykonawców). O ile w przypadku Odwołującego, oferta została odrzucona lub został on wykluczony z postępowania, z przyczyn nie uzasadniających takich decyzji Zamawiającego, to w przypadku Wykonawcy, tj. SIMBHP SP.J. S..... M....., I..... M..... w Słupsku, wybranego w częściach 1, 3, 8, 12, 16, Zamawiający nie odrzucił ofert częściowych tego Wykonawcy mimo iż np.:
- w przypadku zadania :

- próbki ścierek wymagane w poz. 13 („ścierka gąbczasta szerokość min. 16 cm, długość min. 18 cm.”),
- poz. 14 („ścierka ostra (szorstka) szerokość min. 16 cm, długość min. 13 cm.”), poz. 15 („ścierki do kurzu (3 kolory) 3szt w opakowaniu szerokość min. 33 cm, długość min. 35 cm.”) mają mniejsze wymiary niż wymagane w SIWZ (przykładowo ścierka ostra (próbka) ma wymiar 11,5 na 13,5 cm, a nie wymagane min 13 na min 16 cm).
- zaoferowany papier toaletowy ma na (wg opakowania i karty technicznej) +/- 30 metrów bieżących,
- podczas gdy opis przedmiotu zamówienia, by miał on długość min. 30 m.

Zamawiający naruszył również Pzp poprzez nie zawarcie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnień faktycznych i prawnych odrzuceń innych ofert oraz wykluczeń innych wykonawców. Jak wynika z art. 92 ust. 1 Pzp: „*Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) wyborze najkorzystniejszej oferty (...)

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę

4) terminie (...)." Przekazana przez Zamawiającego informacja zawiera jedynie podstawy prawne odrzuceń innych ofert, nie zawiera natomiast podania podstaw prawnych wykluczeń Wykonawców, ani uzasadnienia, faktycznego ani prawnego takich czynności Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 05.12.2012 r. (e-mailem) wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 11.12.2012 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 i 2 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Nadto, wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesieniu kosztów postępowania między stronami. Zamawiający wskazał, że: „W dniu 03 grudnia 2012 r. Zamawiający otrzymał e-mailem odwołanie wniesione przez firmę ARKAN z siedzibą w Gdańsku przy ul, Migowskiej 61 lok. 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę środków czystości do SPS ZOZ w Lęborku (znak sprawy ZP-PN/79/12).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie postanowień art. 89 ust, 1 pkt 2 i 5 ustawy pzp poprzez, odrzucenie oferty firmy ARKAN;
- naruszenie postanowień art. 87 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących treści oferty;
- naruszenie postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp poprzez wykluczenie firmy ARKAN z postępowania;
- naruszenie postanowień art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w przypadku zadania 2 oraz niewłaściwe jego zastosowanie w przypadku zadań 8 i 16, tj. niewskazanie w wezwaniu konkretnych braków, jakich uzupełnienia oczekuje Zamawiający;
- naruszenie postanowień art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp w związku z art. 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie poinformowania firmy ARKAN o powodach (uzasadnienie faktycznym i prawnym) wykluczeń innych Wykonawców oraz odrzucenie innych ofert;
- naruszenie postanowień art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybranie

w poszczególnych zadaniach ofert, które nie stanowią ofert najkorzystniejszych w świetle przyjętego kryterium oceny ofert cena- 100%.

W uzasadnieniu Odwołujący przytoczył okoliczności na poparcie zarzutów odwołania Zamawiający po wnikliwym przeanalizowaniu zarzutów Odwołującego przychylił się do stanowiska Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający powtórzy czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego oraz w oparciu o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych.”.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2649/12 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....