

Sygn. akt: KIO/UZP 123/09

WYROK
z dnia 12 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 10 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Colbi Sp. j. Hurtownia Artykułów Biurowych i Komputerowych Remigiusz i Norbert Malczenko, 26-600 Radom, ul. Śniadeckich 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21A** protestu ~~protestów~~* z dnia 12 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Colbi Sp. j. Hurtownia Artykułów Biurowych i Komputerowych Remigiusz i Norbert Malczenko, 26-600 Radom, ul. Śniadeckich 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 014 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy czternaście złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21A** na rzecz **Colbi Sp. j. Hurtownia Artykułów Biurowych i Komputerowych Remigiusz i Norbert Malczenko, 26-600 Radom, ul. Śniadeckich 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Colbi Sp. j. Hurtownia Artykułów Biurowych i Komputerowych Remigiusz i Norbert Malczenko, 26-600 Radom, ul. Śniadeckich 1.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, prowadzi w trybie zapytania o cenę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę papieru kserograficznego i składanki komputerowej dla potrzeb Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, ul. Czachowskiego 21A oraz podległych jednostek organizacyjnych”- nr rej. nadany sprawie przez Zamawiającego: 310000/370/016/2008/NG .

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Do upływu terminu składania ofert złożono 3 oferty.

W dniu 05.01.2009 r. Zamawiający zawiadomił, za pomocą faksu, „COLBI” Sp. j. Hurtownia Artykułów Biurowych i Komputerowych Remigiusz i Norbert Malczenko z siedzibą w Radomiu, zwaną dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jej oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zbigniewa Jakubczyka prowadzącego działalność gospodarczą p.n.: „BIURO PLUS” w Radomiu.

Jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując, że zaoferowany przez Odwołującego „papier kserograficzny EXCELLENT COPY nie spełnia wymagań dotyczących parametrów technicznych określonych w rozdziale II podrozdział I pkt 2.1. przedmiotowej SIWZ – należy do klasy C”.

W dniu 12.01.2009 r. Odwołujący złożył protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zbigniewa Jakubczyka BIURO PLUS, zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp;
- odrzuceniu oferty Odwołującego mimo, że treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ;
- wykorzystaniu do badania oferty Odwołującego informacji innych, niż wymagane przez SIWZ i złożone wraz z ofertą;
- zaniechaniu przez Zamawiającego obiektywnej oceny wymaganych parametrów technicznych i właściwości zaoferowanego przez Odwołującego papieru kserograficznego;
- nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w trakcie prowadzonego postępowania oraz nie zachowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Zbigniewa Jakubczyka BIURO PLUS, jako oferty najkorzystniejszej oraz ponowne dokonanie podjętych wadliwie czynności, począwszy od czynności oceny i badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż dokonanie wadliwych czynności oraz zaniechanie czynności przez Zamawiającego spowodowało naruszenie jego interesu prawnego, który doznał uszczerbku. Poprzez naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący utracił możliwość realizacji zamówienia publicznego, pomimo, iż złożona przez niego oferta jest najkorzystniejszą, w rozumieniu art. 72 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 5 Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, jego oferta zawiera najniższą cenę (158.228,57 zł) oraz spełnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym także wskazane w Rozdziale II podrozdziale I pkt 2.1. Odwołujący podkreślił także, iż wraz z ofertą złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty, a zaoferowany przez niego papier kserograficzny Excellent Copy spełnia wszystkie określone przez Zamawiającego wymagania dotyczące parametrów papieru. Parametry oferowanego papieru kserograficznego Excellent Copy, w każdym zbadanym przypadku, są co najmniej takie same lub wyższe od parametrów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, a ponadto papier Excellent Copy posiada certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 14001.

Zdaniem Odwołującego, zawarty w Rozdziale II, podrozdziale I pkt 2.1, cyt.: „Parametr określany, jako "Klasa Papieru" kserograficznego czy biurowego nie jest żadnym parametrem jakościowym. Tak zwane "Klasy" papierów kserograficznych (biurowych) wymyśliła przed ok. 50 laty firma Xerox na własne potrzeby (...). Nigdy natomiast nie określono, jakie wartości parametrów powinny mieć poszczególne "klasy". Posługiwanie się terminem „klasa papieru” jest efektem przyzwyczajenia użytkownika i czystą abstrakcją. Do określenia faktycznych właściwości czy parametrów papieru kserograficznego (biurowego) służą jedynie mierzalne parametry, takie jak: gramatura papieru, grubość, objętość właściwa, nieprzezroczystość, białość, jasność, szorstkość, wilgotność i trwałość. Powyższe oznacza, że wyłącznie na podstawie takich parametrów można ocenić jakość papieru kserograficznego (biurowego) i stwierdzić czy spełnia on lub nie wymagania zawarte w SIWZ. Klasa papieru – B stanowi jedynie wewnętrzną klasyfikację papierów stosowaną przez firmę Xerox, a oznaczenie to nie jest określone żadnymi normami.

W ocenie Odwołującego, oferowany przez niego papier o nazwie handlowej Excellent Copy nie tylko spełnia, ale nawet przewyższa parametry wymagane przez Zamawiającego, zawarte w SIWZ, jak również papieru Xerox Business, zaklasyfikowanego przez firmę Xerox do „klasy B”.

Nadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań w zakresie parametrów technicznych zaoferowanego papieru kserograficznego, co powoduje, że oświadczenie woli, czyli oferta wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i nie może podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zaznaczył, iż dystrybutor papieru „Excellent Copy – firma Cezex, ani jego producent nie posługują się „Klasyfikacją papieru”, ustaloną dla swoich potrzeb przez firmę Xerox, a każdy producent czy dystrybutor papieru może zaklasyfikować swój papier „do

dowolnej, wymyślonej czy stworzonej dla własnych potrzeb przez siebie klasy czy może grupy ...”.

Wskazując, jak wyżej, Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający zaniechał obiektywnego i rzetelnego zbadania złożonej przez niego oferty i bezzasadnie ją odrzucił.

W dniu 15.01.2009 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.01.2009 r. do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia przez Odwołującego protestu, do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca Zbigniew Jakubczyk BIURO PLUS – Radom, wnosząc o oddalenie protestu w całości.

Rozstrzygnięciem z dnia 19.01.2009 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający podniósł, iż uważa protest za bezzasadny, gdyż zaoferowany przez Odwołującego papier kserograficzny Excellent Copy nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale II podrozdziale I pkt 2.1. SIWZ. Odwołujący w złożonej ofercie (pkt 2.3 formularza oferty) oświadczył, że zaoferowana dostawa będzie spełniała w całości wszystkie wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II przedmiotowej SIWZ, a nie tylko przez niego wybrane.

Zamawiający podniósł także, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący nie skorzystał z możliwości zwrócenia się do Zamawiającego, na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, o wyjaśnienie treści SIWZ, w zakresie określenia klasy papieru oraz nie wniósł środków ochrony prawnej, w tym zakresie. Brak takich działań ze strony Odwołującego wskazuje, iż także wymagana przez Zamawiającego klasa papieru nie budziła żadnych wątpliwości.

W dniu 26.01.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, jednocześnie przekazując kopię odwołania Zamawiającemu.

Podtrzymując zarzuty protestu, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zbigniewa Jakubczyka BIURO PLUS - Radom;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) dokonanie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, w szczególności treści SIWZ, treści oferty Odwołującego, oświadczeń i wyjaśnień Stron postępowania odwoławczego zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Oferta Odwołującego, jako zawierająca najniższą cenę, ma szansę być wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, pod warunkiem jej nie odrzucenia, która to czynność została przez Zamawiającego dokonana. Odwołujący zaskarżając tę czynność wykazał wprost uszczerbek w jego interesie prawnym, związany z pozbawieniem go szansy uzyskania zamówienia, czym wypełnił dyspozycję art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w Odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby stwierdził, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w zakresie wymogu odnoszącego się do „klasy papieru”.

Skład orzekający Izby dokonał w tym zakresie następujących ustaleń.

Zamawiający w SIWZ na dostawę papieru kserograficznego i składanki komputerowej dla potrzeb Zamawiającego oraz podległych mu jednostek organizacyjnych, w rozdziale II/załącznik nr 1 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania” w podrozdziale I w pkt 2 wskazał, iż, cyt:

„2. Dostarczany papier kserograficzny musi spełniać niżej wymienione parametry:

- 2.1. Klasa papieru - B
- 2.2. Gramatura - 80g/m2 +/- 2g/m2.
- 2.3. Białość CIE - min. 150 +/- 3
- 2.4. Wilgotność - max 6%
- 2.5. Archiwizacja - min. 200 lat”.

Odwołujący sporządził ofertę na formularzu ofertowym, według wzoru wymaganego przez Zamawiającego, załączając do oferty żądane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty. W dniu 19.12.2008 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie informacji dotyczącej rodzaju oferowanego papieru kserograficznego, celem ustalenia, czy spełnia on parametry wymagane w Rozdziale II podrozdziale I pkt 2 SIWZ. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący wskazał, „że oferowany papier kserograficzny będący przedmiotem

zapytania o cenę, spełnia parametry techniczne wymienione w SIWZ” oraz załączył informację techniczną dotyczącą papieru o nazwie Excellent Copy.

W ocenie składu orzekającego Izby, wszczęta przez Zamawiającego procedura wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego, de facto z winy Zamawiającego, prowadziła do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą (art. 87 ust. 1 Pzp) i była skutkiem braku precyzyjności zapisów SIWZ dotyczących wymogów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Z czynności podjętych przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert wynika, że Zamawiający nie może stwierdzić na podstawie złożonych ofert, jaki konkretnie papier oferują mu poszczególni wykonawcy. Dlatego Zamawiający zażądał od wykonawców informacji na temat rodzaju zaoferowanego papieru kserograficznego oraz czy zaoferowany papier spełnia parametry określone w pkt 2 podrozdział I rozdział II SIWZ (pisma: z dnia 19.12.2008 r. wysłane do Odwołującego oraz z dnia 30.12.2008 r. skierowane do Zbigniewa Jakubczyka Biuro Plus).

Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie, wobec stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie określa klasy papieru, ustalił na podstawie informacji uzyskanych ze stron sklepów internetowych, że zaoferowany przez Odwołującego papier oznaczony jest klasą „C”. Podniósł również, iż z informacji otrzymanych od firmy „CEZEX” – dystrybutora papieru zaoferowanego przez Odwołującego wynika, iż papier o nazwie handlowej Excellent Copy jest klasy „C”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający, mimo iż wskazał w SIWZ jakie parametry spełniać ma wymagany przez niego papier, to jednak nie określił jaki dokument należy złożyć na potwierdzenie klasy oferowanego papieru kserograficznego. Fakt ten potwierdził także Zamawiający, oświadczając na rozprawie, że w SIWZ w rozdziale II podrozdziale I w pkt 2 określił jedynie wymogi dotyczące parametrów technicznych żądanego papieru, jednakże istotnie nie zawarł żądania załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że zaoferowany papier spełnia oczekiwane przez Zamawiającego parametry. Izba uznała za niedopuszczalne, w świetle art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, aby Zamawiający dopiero na etapie badania i oceny ofert żądał przedłożenia dodatkowych, wcześniej nie wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia określonych w SIWZ parametrów.

Nadto należy podkreślić, iż Zamawiający określił w SIWZ parametry jakie musi spełnić dostarczony papier, w tym jego klasę: „Klasa papieru - B”. Zamawiający nie wskazał jednak, że oznaczenie to ma odnosić się do klasyfikacji stosowanej przez firmę Xerox. Należy także zauważyć, iż jak wskazała firma Xerox Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 02.02.2009 r., cyt. „Podział na klasy ma charakter umowny. Nie ma ściśle określonych

parametrów. Nie ma ściśle określonych parametrów decydujących o przypisaniu papieru do konkretnej klasy (...)."

Na okoliczność, iż pojęcie „klasa papieru” jest ustaleniem wewnętrznym producentów papieru Odwołujący złożył na rozprawie, jako dowód, pismo z dnia 05.02.2009 r. – opinię Laboratorium Jakości Papieru Instytutu Biopolimerów i Włókien Chemicznych w Łodzi, które posiada akredytację AB 065 Polskiego Centrum Akredytacji. Zgodnie z tą opinią, niektórzy producenci papierów kserograficznych wprowadzili dla swoich produktów dodatkowo klasy papieru, które jednak stanowią wewnętrzne ustalenia tych producentów, mają charakter reklamowy i nie są zamieszczane w żadnej normie krajowej lub europejskiej.

W świetle powyższego, podstawę oceny co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, w zakresie spełnienia wymogów technicznych oferowanego papieru kserograficznego winno stanowić, w ocenie składu orzekającego Izby, oświadczenia Odwołującego zawarte w ofercie. Odwołujący oświadczył, iż: „oferowana dostawa przedmiotowego zamówienia będzie spełniała wszystkie wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II przedmiotowej specyfikacji” (złożonego na formularzu ofertowym w pkt 2 ppkt 2.3), jak również oświadczenie: „Dostawca gwarantuje, że dostarczony towar będzie zgodny z załączonym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy” (zawarte w par. 3 ust. 3 zaakceptowanego przez Odwołującego wzoru umowy).

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, iż Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla Odwołującego skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty, z powołaniem się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w sytuacji gdy w SIWZ nie został zawarty wymóg wpisania w ofercie żądanej klasy papieru, a Odwołujący złożył jednoznaczne oświadczenia, że dostarczony towar będzie zgodny z wymogami Zamawiającego, zawartymi SIWZ.

W świetle powyższych ustaleń składu orzekającego Izby, Odwołujący spełnił wymogi SIWZ, wobec czego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego podjęta została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W wyniku ustalenia, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający naruszył zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę nakazującą przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 2 440,00 zł, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*