

Sygn. akt KIO/UZP 436/09

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Luiza Łamejko

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32**, protestu z dnia 25 marca 2009 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32** 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 **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32** na rzecz **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego - wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx 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 **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów eksploatacyjnych”, o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp (99 202,14 zł, co stanowi równowartość 25 586, 69 euro, ogłoszenie o zamówieniu – dostawy, zamieszczone zostało w BZP Nr 1/09, poz. 31322 w dniu 17.02.2009 r.), Zamawiający – Gmina Tarnobrzeg, odrzucił 11 ofert, spośród 14 ofert złożonych w postępowaniu, z powodu nie wykazania przez wykonawców równoważności oferowanych materiałów (brak załączenia jakichkolwiek dokumentów) w stosunku do opisu zawartego w SIWZ. Z tego powodu odrzucił ofertę Odwołującego - Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” Adam Papierski, z ceną 48 577,76 zł (pismo z dnia 18.03.2009 r.), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w zw. z naruszeniem art. 30 ust. 5 Pzp. Spośród pozostałych 3 ofert wybrał ofertę najkorzystniejszą złożoną przez ATB Polska Teresa Buraczyńska z siedzibą w Radomiu, z ceną oferty 49. 688,16 zł.

Odwołujący wniósł protest (pismo z dnia 25.03.2009 r.), w którym podniósł naruszenie art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 i art. 26 ust. 3 Pzp, uzasadniając stanowisko nie zamieszczeniem w SIWZ wymogu wykazania równoważności oferowanych materiałów eksploatacyjnych. W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający uznał, że wykonawcy mieli udokumentować na piśmie równoważność swojej oferty, poprzez dołączenie do oferty wszelkich dokumentów potwierdzających, że oferowane materiały są równoważne w odniesieniu do materiałów opisanych w SIWZ, to zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność oferowanych materiałów. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 566/08, który dotyczy potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (w sprawie Odwołujący był stroną postępowania).

Zamawiający oddalił protest w całości (pismo z dnia 1.04. 2009 r.), podając w uzasadnieniu, że dopuścił w SIWZ (załącznik nr 1) składanie ofert na materiały eksploatacyjne jakościowo równoważne, spełniające równoważne parametry. Wskazał na treść art. 30 ust. 5 Pzp i art. 6 k.c., zgodnie z którymi, zdaniem Zamawiającego, wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Na wykonawcy ciąży obowiązek w myśl art. 6 k.c. przedstawienia wszelkich dowodów na

potwierdzenie równoważności oferty. Odwołujący w kolumnie „D” wskazał jedynie oznaczenia oferowanych produktów, bez dołączenia dowodów wykazujących ich równoważność.

Odwołujący wniósł w dniu 3.04.2009 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, wskazując naruszenie tych samych przepisów prawnych co w proteście – art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp. Podniósł, że w SIWZ dopuszczono zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych stanowiących zamienniki o parametrach wymaganych przez producenta urządzenia. W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał w kolumnie „Specyfikacja” typ materiału eksploatacyjnego stosowany przez producenta urządzenia, jednocześnie dopuścił składanie ofert na materiały eksploatacyjne jakościowo równoważne, spełniające równoważne parametry. Odwołujący podał w rubryce „D” formularza proponowany rodzaj i typ produktu równoważnego (nazwa, model inne oznaczenie identyfikujące materiał eksploatacyjny). Zamawiający jednak uznał, że wykonawca powinien przedstawić stosowne dokumenty równoważności. Wskazał, że odrzucenie oferty jest niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, ponadto Zamawiający powinien był wykorzystać art. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, względnie
- 2) wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie oryginalnej dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień złożonych przez pełnomocników Odwołującego, ustaliła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórnego badania i oceny ofert, oferta Odwołującego z ceną niższą, niż cena każdej z 3 merytorycznie ocenianych ofert, mogłaby być ewentualnie uznana za najkorzystniejszą, zważywszy, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

W SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując, że jest nim sukcesywna dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych i kopiarek.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ pt. „Opis przedmiotu zamówienia”.

W załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający zamieścił tabelę, w której wyszczególnił 46 pozycji materiałów eksploatacyjnych. Czwarta w kolejności kolumna tabeli, określona została jako Specyfikacja* * Wyjaśnienie w pkt 2 niniejszego rozdziału. W kolumnie tej w poszczególnych 46 wierszach, Zamawiający wskazał znak producenta oraz numery katalogowe materiałów eksploatacyjnych. Tabela o której mowa, zawierała kolumny oznaczone jako: lp. (1), urządzenie (2), nazwa drukarki, urządzenia wielofunkcyjnego i kserokopiarki (3), wskazaną wyżej 4 kolumnę oraz kolor (5) i przewidywaną ilość materiałów eksploatacyjnych w sztukach (6).

W pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający zamieścił informację, że dopuszcza składanie ofert na materiały eksploatacyjne jakościowo równoważne, spełniające równoważne parametry.

W załączniku nr 3 do oferty pt. "Formularz cenowy", wykonawcy mieli obowiązek dodać do kolumn 1-6, kolumny 7 i 8 wskazujące odpowiednio: cenę jednostkową oraz cenę łączną.

W kolumnie 4 oznaczonej literą D zawarto opis: Specyfikacja / proponowany przez Wykonawcę produkt równoważny (*) Wyjaśnienie pod. W kolumnie tej Zamawiający powtórzył znak producenta oraz numery katalogowe materiałów i pozostawił wykropkowane miejsca do wpisania przez wykonawców - oznaczenia produktów równoważnych.

Pod tabelą zamieścił wyjaśnienie o treści: „W kolumnie C Zamawiający wskazuje typ materiału eksploatacyjnego stosowany przez producenta urządzenia, jednocześnie informuje, że dopuszcza składanie ofert na materiały eksploatacyjne jakościowo równoważne, spełniające równoważne parametry. Wykonawca składający ofertę równoważną w kolumnie D wpisuje specyfikację równoważnego materiału eksploatacyjnego.”

Odwołujący w swojej ofercie w załączniku nr 3 wypełnił kolumnę D, podając materiały równoważne w pozycjach od 1 do 11 oraz od 25 do 43 i 45-46.

W pozycjach od 12 do 24 i 44 nie wypełnił miejsc wykropkowanych przeznaczonych na materiały równoważne, a więc oferował materiały zgodne z opisem Zamawiającego.

W opisie materiałów równoważnych wskazał znak producenta oraz numery katalogowe materiałów, stanowiące, jak wyjaśnili to Pełnomocnicy Odwołującego w toku rozprawy, równoważność materiałom opisanym przez Zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz innych jeszcze 10 wykonawców, wskazując art. 30 ust. 5 Pzp i twierdząc, że wykonawca oferując rozwiązania równoważne, obowiązany

jest wykazać, że dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Żadna z odrzuconych ofert, w tym Odwołującego, nie zawierała jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu równoważności przez oferowane produkty w miejsce produktów żądanych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że nie miał możliwości oceny, czy oferowane przez wykonawców produkty, spełniają wymogi określone w SIWZ.

Odrzucenie ofert, w tym oferty Odwołującego, uzasadnił niezgodnością treści ofert z treścią SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

KIO zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art. 30 ust. 4 Pzp stanowi, że Zamawiający w określonych w tym przepisie okolicznościach, jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

W ust. 5 tego artykułu ustawodawca wskazał, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Z przywołanych przepisów, istotnie wynika, że jeżeli Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, to wykazanie równoważności oferowanych przez wykonawców rozwiązań, obciąża wykonawców.

Jednakże dla porównania ofert, przyjęto w orzecznictwie i doktrynie, że Zamawiający opisuje granice równoważności oferowanych urządzeń, by móc ocenić, czy w istocie „zastępcze” urządzenia odpowiadają potrzebom Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie jednoznacznie ustalono, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie równoważnych materiałów eksploatacyjnych, oczekując od wykonawców wskazania znaków producenta oraz numerów katalogowych materiałów. Zatem, oceniając oferty zawierające materiały eksploatacyjne równoważne, w razie wątpliwości, co do stopnia i zakresu ich równoważności, Zamawiający powinien był uzyskać od wykonawców stosowne wyjaśnienia.

KIO podziela przekonanie Zamawiającego, iż oceniając oferty powinien on mieć pewność, czy oferowane równoważne produkty spełniają jego oczekiwania opisane w SIWZ i czy może przyjąć taką ofertę, jako zgodną z SIWZ, czy ma obowiązek ją odrzucić, wobec nie spełnienia zgodności z opisanym przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie żądając w SIWZ żadnych dowodów, poza wypełnieniem kolumny D w załączniku nr 3 do oferty (formularz cenowy), mógł mieć wątpliwości, co do równoważności oferowanych materiałów eksploatacyjnych.

W tym przypadku był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które potwierdzałyby równoważność oferowanych materiałów.

Żądając złożenia wyjaśnień, Zamawiający nie może dopuścić do jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty, natomiast może żądać złożenia, w ramach wyjaśnień, dokumentów będących w granicach możliwości wykonawcy i potwierdzających równoważność oferowanych materiałów.

W tym przypadku Zamawiający nie żądał żadnych wyjaśnień, które potwierdziłyby równoważność materiałów, lecz odrzucił ofertę między innymi Odwołującego, wskazując jako uzasadnienie faktyczne, że oferta nie zawierała jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu równoważności, w sytuacji, gdy Zamawiający nie żądał w SIWZ złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentu na tę okoliczność.

Z tych względów KIO uznała, że czynność Zamawiającego została dotknięta wadą, która miała istotny wpływ na wynik postępowania, zważywszy, że cena oferty Odwołującego jest niższa, niż każda cena spośród 3 ofert, które były oceniane merytorycznie.

W ocenie KIO nie ma w tym przypadku podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, z tego powodu, że w trybie wskazanego przepisu, Zamawiający zobowiązany jest żądać oświadczeń i dokumentów takich, których wymagał w SIWZ, co nie miało miejsca w rozpoznanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe KIO uznała, że nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przed ustaleniem przez Zamawiającego, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne w pozycjach od 1 do 11 oraz od 25 do 43 i 45-46 oferty, nie są rzeczywiście materiałami równoważnymi.

Na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1 a i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, KIO orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, wynikające z faktury przedłożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....