

**Sygn. akt: KIO 401/13**

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 r. przez W..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Z.P.U. Gotix W.H. Gotowicz” w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Termy Maltańskie Sp. z o.o. w Poznaniu,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża W..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Z.P.U. Gotix W.H. Gotowicz” i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych

zero groszy) uiszczoną przez W..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Z.P.U. Gotix W.H. Gotowicz" tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Poznaniu.

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Termy Maltańskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę środków chemii basenowej do Kompleksu sportowo-rekreacyjnego „Termy Maltańskie” w Poznaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 25.01.2012 r. pod nr 36156.

W dniu 18.02.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Z.P.U. Gotix W.H. Gotowicz” (zwanego dalej „Gotix”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 22.02.2013 r. Gotix wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego w związku z nieprawidłową oceną oferty na podstawie stężenia aktywnego chloru w preparacie do dezynfekcji wody, które było niedookreślone precyzyjnie w SIWZ i w wyjaśnieniach do SIWZ. (Zarzuty referowane w zakresie popieranym przez odwołującego).

Odwołujący wniósł o powtórzenie oceny ofert i przywrócenie jego oferty do postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

I.

Zamawiający w dniu 6.02.2013 przekazał odwołującemu informację z otwarcia ofert (zał. 1). Wynika z niej, iż oferta firmy Gotix była najbardziej korzystna cenowo.

Dnia 18.02.2013 zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (zał. 2), w której powiadomił o wynikach oceny. Zamawiający wyjaśnił,

iż odrzucił ofertę firmy Gotix, gdyż wg niego jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem zaoferowany preparat do dezynfekcji wody basenowej nie zawiera min. 65%o aktywnego chloru.

Według odwołującego zamawiający w SIWZ oraz w treści wyjaśnień do SIWZ nie określił precyzyjnie minimalnej zawartości aktywnego chloru w produkcie.

W załączniku 1.1.do SIWZ (zał nr 3) Wykaz środków chemii basenowej (formularz cenowy) Zamawiający w pkt. 4 umieścił zapis: „Preparat do dezynfekcji wody o wysokiej zawartości aktywnego chloru w postaci stałej. Preparat o obniżonej rozpuszczalności przystosowany do odkażenia dna basenu o głębokości 5m.”

Do zamawiającego wpłynęły dwa w istocie pytania odnośnie tego preparatu od jednego z wykonawców:

1. Czy zamawiający dopuści preparat o zawartości aktywnego chloru min. 65%?
2. Prosimy o określenie minimalnej zawartości aktywnego chloru w preparacie.

W dniu 31.01.2013 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi o treści (zał. 4):

1. Zamawiający dopuści środek o minimalnym stężeniu 65% aktywnego chloru.

Zdaniem odwołującego zamawiający kwestię dokładnego określenia wymaganego stężenia chloru w produkcie pozostawił bez rozpoznania. W tak sformułowanej odpowiedzi, Zamawiający dopuścił bowiem konkretny produkt, o który pytał jeden z wykonawców (o min. stężeniu chloru w tym produkcie na poziomie 65%), nie dookreślił jednak wymagań dla wszystkich tego typu preparatów, co nastąpiłoby, gdyby Zamawiający napisał, że wymaga, by środek tego typu zawierał co najmniej 65% aktywnego chloru.

Tymczasem zamawiający swoje żądania co do wymagań jakie po w mion spełniać produkt powinien sprecyzować w sposób konkretny, jasny i nie budzący wątpliwości. Inne postępowanie zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Wieloznaczność zapisów SIWZ i nieprecyzyjność wyjaśnień do jego treści nie gwarantuje bowiem konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. W przedmiotowej sprawie nie było już bowiem czasu i możliwości, by wystąpić o udzielenie dodatkowych wyjaśnień co do treści SIWZ. Nawet przy zachowaniu należytej staranności ze strony odwołującego nie można było założyć, jakie produkty zamawiający uzna za spełniające wymagania SIWZ. Zaoferowany przez odwołującego produkt także zawierał relatywnie wysoką zawartość aktywnego chloru w porównaniu np. do zamawianego produktu w postaci płynnej - podchlorynu sodu (gdzie wymagana w SIWZ zawartość aktywnego chloru wynosiła 12%).

Warto podnieść, że zgodnie z internetowym Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo: „dopuszczyć” oznacza - 1. „pozwolić zbliżyć się do kogoś lub czegoś”; 2. „przysłać na coś. nie przeszkodzić czemuś”; 3. „uznać coś za możliwe”. Informacja o dopuszczeniu środka w omawianym przypadku oznacza zatem, że zamawiający przysłał na (uznał za możliwe) zaoferowanie produktu o podanych parametrach. Możliwości nie można jednak utożsamiać / wymogiem. „Wymagać” oznacza bowiem zgodnie z podanym słownikiem: 1. „domagać się, życzyć sobie czegoś kategorycznie”; 2. „niezbędnie potrzebować czegoś”; 3. „nakładać na kogoś jakiś obowiązek”. Z literalnego brzmienia wyjaśnienia zamawiającego nie wynika zatem, że domaga się on, życzy sobie, zobowiązuje, by oferowany środek zawierał nie mniej niż 65 % aktywnego chloru, nie wynika, że tylko takie lub większe się/ćnie uznaje za „wysoką zawartość”, o której mowa w SIWZ.

Wobec przedstawionych niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ i wyjaśnieniach udzielonych na podstawie art. 38 Pzp, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z Zał. nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), pkt 1, przedmiot zamówienia stanowiła dostawa środków chemicznych, zgodnie z wykazem zawartym w Zał. nr 1.1 do SIWZ.

W Załączniku nr 1.1 „Wykaz środków chemii basenowej”, w pkt 4 wskazano, iż zamawiany jest preparat do dezynfekcji wody o wysokiej zawartości aktywnego chloru w postaci stałej.

W wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ z dnia 31.01.2013, w odpowiedzi na pytanie 1, zamawiający wskazał:

Pytanie 1

*„W załączniku nr 1.1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Wykaz środków chemii basenowej” w pkt 4 zamawiający wymaga, by dostarczyć preparat do dezynfekcji wody w postaci stałej o wysokiej zawartości aktywnego chloru.*

*Czy Zamawiający dopuści preparat o zawartości aktywnego chloru min. 65% wag?*

*Prosimy o określenie minimalnej zawartości aktywnego chloru w preparacie.*

Odpowiedź:

*Zamawiający dopuści środek o minimalnym stężeniu 65% aktywnego chloru.”*

W piśmie z dnia 18.02.2013 r. zawierającym informację o odrzuceniu oferty Gotix, w ramach uzasadnienia tej czynności, wskazano, iż oferta podlega odrzuceniu ponieważ jej treść nie odpowiada SIWZ – zaofferowano środek zawierający 26,2 do 32,2 g aktywnego chloru, gdy zamawiający w piśmie z dnia 31.01.2013 r. dookreślił stężenie aktywnego chloru na minimum 65%.

Nie jest pomiędzy stronami sporne, iż Gotix w swojej ofercie (w ww. formularzu) zaofferował środek zawierający od 26,2 do 32,2 g aktywnego chloru na 100 gram.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Jak słusznie wskazał odwołujący, zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania

zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W rozpatrywanym przypadku, według wskazań zamawiającego zawartych w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zarzucana wykonawcy niezgodność miała polegać na zaoferowaniu środka o stężeniu aktywnego chloru mniejszym niż 66% stężenie wymagane i podane w piśmie zamawiającego z dnia 31.01.2013 r. Zamawiający nie podał natomiast, jako podstawy odrzucenia oferty, iż jest ona niezgodna z treścią zał. nr 1.1 pkt 4 i wymaganym tam „wysokim” stężeniem chloru. Ocena okoliczności tego typu, tj. tego typu ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ, nie mogła więc stanowić przedmiotu niniejszego orzeczenia.

W niniejszej sprawie, przedmiotem sporu jest rzeczywista treść i znaczenie ww. odpowiedzi zamawiającego, tj. kwestia czy na podstawie powyższego przyjąć można, iż zamawiający wymagał określonego, minimalnego stężenia chloru i wyartykułował to wystarczająco wyraźnie wykonawcom.

W tym zakresie Izba przychyliła się, do stanowiska zamawiającego, iż w odpowiedzi z dnia 31.01.2013 r. określono minimalne, wymagane stężenie aktywnego chloru w preparacie, o którym mowa w pkt 4 zał. 1.1. do SIWZ – na poziomie 65%.

W tym zakresie za jałowe i zbędne, a przede wszystkim nazbyt oderwane od sensu, celu i kontekstu stawianego pytania i udzielanej odpowiedzi, uznano rozważania semantyczne odwołującego na temat znaczenia słowa „dopuszczać”. Każdy język naturalny, a takim jest z pewnością język polski, charakteryzuje się bogactwem i niejednoznacznością znaczeniową wyrazów, na których ustalenie wpływa nie tylko zawartość słowników, ale także kontekst ich używania oraz przyjęty w stosunkach danego rodzaju sposób ich używania i nadawane im znaczenia. Z pewnością podane definicje słownikowe powoływane przez odwołującego, nie wyczerpują całej gamy znaczeń, w których termin „dopuszczać” może być prawidłowo użyty i równie prawidłowo zrozumiany.

Powszechnie jest stosowanie w dokumentach przetargowych, w ramach opisów przedmiotu zamówienia, wskazywanie, iż zamawiający „dopuszcza” określone rozwiązania, metody, właściwości... *etc.* Zastrzegając znaczenie kontekstu i wyeksplikowanych gdzie indziej, dodatkowych postanowień dokumentów przetargowych, przeważnie nie ma żadnych wątpliwości, iż powyższe oznacza, że zamawiający wymaga określonych rozwiązań, a nie że są to jedne z dopuszczalnych rozwiązań wskazywane przykładowo.

Tym samym wykluczanie, iż przez użycie terminu „dopuszczać” zamawiający, nie wskazał wcale, że wymaga określonego stężenia chloru w preparacie do czyszczenia, należy uznać za zbyt daleko idące. Również dywagacje na temat, iż w rzeczywistości zamawiający odpowiadał na tylko jedno pytanie wykonawcy, a inne pytanie (czy raczej prośbę) zignorował pozbawione są rzeczowych podstaw, a przede wszystkim oderwane od kontekstu i celu stawianych prośb i pytań oraz udzielanej na nie odpowiedzi, związanych z nadaniem racjonalnego kształtu i precyzji wymaganiom SIWZ.

W omawianym pytaniu, wykonawca zmierzał do uzyskania pewności, co do wymaganego stężenia chloru, które zamawiający określił w SIWZ, jako „wysokie”. Temu służyły oba pytania (prośby) rozpatrywane łącznie. I na tak opisany problem wykonawcy, zamawiający odpowiedział jasno, iż dopuści środek o minimalnym stężeniu chloru na poziomie 65%.

Poza podobieństwem, ale wcale nie identycznością zakresową pytania o dopuszczenie określonego środka i odpowiedzi zamawiającego, nie ma żadnych logicznych i rzeczowych podstaw do przyjęcia, iż zamawiający z jakichś względów jedno pytanie (prośbę o wyznaczenie wymaganego stężenia) ignorował, a na pytanie wcześniejsze odpowiadał.

Wbrew twierdzeniom odwołującego pytanie nie dotyczyło konkretnego środka i konkretnego stężenia. Wskazanie 65% stężenia było jedynie wskazaniem dolnej granicy, względem której wszystkie dopuszczone środki winny być odnoszone. Ustalając sens i znaczenie ww. pytań i odpowiedzi, należy więc położyć nacisk na znaczenie wskazania minimalności stężenia. Innymi słowy: jeżeli wykonawcy pytałiby o dopuszczenie środka o stężeniu 65% aktywnego chloru (a nie o minimalnym stężeniu...) i zamawiający odpowiadał, że środek o stężeniu 65% dopuści (a nie, że do dopuści środek o min. stężeniu...), wtedy rzeczywiście możliwe byłoby rozważanie interpretacji postanowień SIWZ i odpowiedzi z dnia 31.01.2013 r. postulowanej przez odwołującego. Tymczasem z odpowiedzi zamawiającego jasno wynika, iż odnośnie wymagań z pkt 4 zał. 1.1 do SIWZ, których generalnie dotyczyły pytania wykonawcy, zamawiający dopuści środki o stężeniu 65% lub wyższym. Z czego z kolei wynika, iż zamawiający nie dopuści środków o stężeniu niższym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....