

Sygn. akt: KIO 887/14

WYROK

z dnia 19 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę **Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., 05-092 Łomianki, ul. Księdza Hugona Kołłątaja 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5**

przy udziale wykonawcy **„Partner XXI” Sp. z o.o., 41-806 Zabrze, ul. Korczoka 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążą wykonawcę **Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., 05-092 Łomianki, ul. Księdza Hugona Kołłątaja 4** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę papieru kserograficznego dla ZUS. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r.

poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2014 r. pod nr 2014/S 050 - 083328.

W dniu 5 maja 2014 r. wykonawca Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy □Partner XXI” Sp. z o.o., pomimo niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie spełniania przez oferowany papier parametrów żądanych przez zamawiającego,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy □Partner XXI” Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu przez oferowane dostawy parametrów żądanych przez zamawiającego, mimo iż zaoferowany papier nie odpowiada wymogowi zamawiającego dotyczącemu białości,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty □Partner XXI” Sp. z o.o., mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, mimo że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą pod względem cenowym spośród złożonych prawidłowo ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty □Partner XXI” Sp. z o.o., mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie spełniania parametrów z opisu przedmiotu zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez bezprawne zaniechanie wykluczenia □Partner XXI”

Sp. z o.o. i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą z uwagi na okoliczność, iż w swojej ofercie □Partner XXI” Sp. z o.o. przedstawiła nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty □Partner XXI” Sp. z o.o., która to oferta powinna zostać odrzucona i jednocześnie zaniechanie wyboru w Części nr 1 zamówienia oferty odwołującego jako najkorzystniejszej pod względem określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z powołanymi wyżej przepisami z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na postawiony przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zmodyfikowany w dniu 4 kwietnia 2014 r. wymóg białości papieru na poziomie min. 146 wg CIE (PN-ISO 11475:2002). Odwołujący zwrócił też uwagę, że zaoferowany przez □Partner XXI” Sp. z o.o. papier POLcopy – „na specjalne zamówienie” to papier, którego parametr białości CIE wynosi 146 +/-3.

Odwołujący podniósł, iż nie jest możliwym wyprodukowanie papieru o konkretnie określonym parametrze białości bez tolerancji, dlatego papier zaoferowany przez wykonawcę □Partner XXI” Sp. z o.o. o parametrze białość 146 CIE +/-3 nie spełni wymogu białości postawionego na poziomie minimum 146 CIE. Odwołujący stwierdził, że białość papieru jest najważniejszym elementem decydującym o jakości papieru.

Zdaniem odwołującego, z uwagi na charakter produkcji papieru i brak gwarancji wyprodukowania papieru o stałym konkretnym parametrze białość, wykonawca □Partner XXI” Sp. z o.o. winien zaoferować papier o odpowiednio wyższym parametrze białość tak, aby dolna granica tolerancji spełniała postawiony przez zamawiającego wymóg min. 146 CIE.

W ocenie odwołującego, w konsekwencji powyżej wskazanych działań i zaniechań zamawiający naruszył ogólną zasadę prowadzenia postępowania w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w odmienny sposób potraktował wykonawców dokonując oceny ofert z naruszeniem ww. zasad, ponieważ ocena oferty □Partner XXI” Sp. z o.o. nie była obiektywna - nie została dokonana na podstawie zasad wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego, zamawiający na etapie oceny ofert obniżył pierwotnie postawione

wymagania, do czego nie był uprawniony. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie ma prawa zmieniać wymagań po złożeniu i otwarciu ofert lub w dowolny sposób dokonywać interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób, który będzie preferował nieprawidłowe rozwiązania zaoferowane przez wykonawców. Jak zauważył odwołujący, przez takie działania zamawiającego dochodzi do sytuacji, w której jeden wykonawca składa ofertę z papierem słabej jakości, o niewystarczającym poziomie białości i przez to tańszą, natomiast drugi wykonawca sięga po papier spełniający wymagania białości, ale droższy, przez co pozbawiony jest realnej możliwości konkurencji w postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że "Partner XXI" Sp. z o.o. złożyła w swojej ofercie oświadczenie o zaoferowaniu papieru spełniającego wymagania zamawiającego. W ocenie odwołującego, wykonawca ten składając oświadczenie, że parametr białości będzie na poziomie min. 146 wg CIE, mimo iż wykonawca jako profesjonalny podmiot funkcjonujący na rynku wie, że zaoferowany przez niego papier ma białość na poziomie 146 +/- 3 CIE, w sposób świadomy i celowy złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu parametru białości - wykonawca miał świadomość, iż taki parametr jest niemożliwy do osiągnięcia i towarzyszy mu zawsze próg tolerancji niedopuszczony przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy "Partner XXI" Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym powinna zostać odrzucona, czego zamawiający nie uczynił naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty "Partner XXI" Sp. z o.o.,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów dotyczących oferty "Partner XXI" Sp. z o.o.,
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty "Partner XXI" Sp. z o.o. w związku z niezgodnością treści oferty z wymogami postawionymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia,
- nakazanie zamawiającemu wykluczenia "Partner XXI" Sp. z o.o. i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą w związku z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

- nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Na rozprawie strony i przystępujący „Partner XXI” Sp. z o.o. podtrzymali dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Rozdziale II pkt 1 ppkt 2b) zamawiający postawił wymagania:

„Parametry papieru formatu A3 oraz A4 zgodnie z obowiązującymi normami:

- Gramatura: 80g/m², (wg PN-EN ISO 536:2012).
- Wilgotność bezwzględna: 4,0-5,0% (wg PN-EN ISO 287:2011).
- Grubość deklarowana μm : 105-108 (wg PN-EN ISO 534:2012)
- Białość z oby stron: min. 150 wg CIE (PN-ISO 11475:2002)
- Nieprzezroczystość deklarowana min. 92% (wg ISO 2471:2008)
- Gładkość deklarowana (szorstkość wg metody Bendtsena): maks. 220 cm³/min średnia z obu stron (wg PN-P-50166-02:1993)
- Papier musi spełniać wymagania dotyczące trwałości papieru przeznaczonego na dokumenty oznaczone zgodnie z normą PN-EN ISO 9706:2001”.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, że podane wyżej w pkt a-f wartości są wartościami nominalnymi wymaganymi przez zamawiającego. Zamawiający zdefiniował również pojęcie „wartość nominalna” jako zadeklarowaną przez producenta wartość cechującą daną właściwość papieru, bez uwzględnienia wpływów czynników w procesie produkcji mogących powodować występowanie odchyleń od pożądanej wartości.

W dniu 4 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia w następujący sposób:

„Parametry papieru formatu A3 oraz A4 zgodnie z obowiązującymi normami:

- Gramatura: 80g/m², (wg PN-EN ISO 536:2012).
- Wilgotność bezwzględna: 4,0-5,0% (wg PN-EN ISO 287:2011).
- Grubość deklarowana μm : 105-108 (wg PN-EN ISO 534:2012)

- d. Białość z oby stron: min. 146 wg CIE (PN-ISO 11475:2002)
- e. Nieprzezroczystość deklarowana min. 91% (wg ISO 2471:2008)
- f. Gładkość deklarowana (szorstkość wg metody Bendtsena): maks. 220 cm³/min średnia z obu stron (wg PN-P-50166-02:1993)
- g. Papier musi spełniać wymagania dotyczące trwałości papieru przeznaczonego na dokumenty oznaczone zgodnie z normą PN-EN ISO 9706:2001”.

Zamawiający powtórzył również informację, że ww. wartości od a-f są wartościami nominalnymi wymaganymi przez zamawiającego oraz powielił definicję pojęcia „wartość nominalna” zawartą w pierwotnej treści specyfikacji.

Wykonawca □Partner XXI” Sp. z o.o. w swojej ofercie złożył oświadczenie, iż oferuje papier o białości z obu stron min. 146 wg CIE (PN-ISO 11475:2002) (strona 3 oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że zaoferowana przez □Partner XXI” Sp. z o.o. białość papieru spełnia wymóg zamawiającego. Izba wzięta pod uwagę zawartą zarówno w pierwotnej treści specyfikacji, jak i w modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 4 kwietnia 2014 r. informację, iż postawione wymogi są wartościami nominalnymi, a także przyjętą przez zamawiającego definicję wartości nominalnej. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zamawiający formułując sporne wymaganie miał świadomość ewentualnych odchyłeń od podanej wartości wynikających z wpływów czynników w procesie

produkcji. Mając taką świadomość zamawiający wymagał jednak podania wartości nominalnej. Z tego względu Izba uznała, że oferowana przez przystępującego białość papieru spełnia postawiony wymóg. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia we wskazanym przez odwołującego zakresie. Ze względu na to, że niesporną jest okoliczność, że "Partner XXI" Sp. z o.o. oparła złożoną ofertę na produkcie formy International Paper Kwidzyń przedstawione przez odwołującego na rozprawie dowody w postaci korespondencji elektronicznej z producentem papieru pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Z uwagi na powyższe Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba uznała, że zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości sformułował sporne wymaganie i na etapie oceny ofert od niego nie odstąpił. W przypadku zaistnienia po stronie odwołującego wątpliwości co do prawidłowej interpretacji postawionego wymagania przysługiwało wykonawcy prawo do zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji w przedmiotowym zakresie na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: