

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Martela Sp. z o. o. ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o. o.

ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław

protestu z dnia 11 marca 2010 r.

przy udziale **MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. ul. Brücknera 24-26, 51-411 Wrocław** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Martela Sp. z o. o. ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Martela Sp. z o. o. ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Martela Sp. z o. o. ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa** na rzecz **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Hala Ludowa Sp. z o. o. ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Martela Sp. z o. o. ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa**.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę mebli i regałów dla zadania „Utworzenie Regionalnego Centrum Turystyki Biznesowej we Wrocławiu”* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 stycznia 2010 r. pod numerem 2010/S 7-007505. Wartość zamówienia wynosi 4.212.939 zł, tj. 1.096.733 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych (3 zadania).

3 marca 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą dla zadania nr 1 i nr 2 została uznana oferta złożona przez MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. (drugie miejsce w rankingu zajęła oferta Odwołującego), a dla zadania nr 3 – oferta Odwołującego.

Na tę czynność 11 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający częściowo uwzględnił, a częściowo oddalił 22 marca 2010 r.

Od tego rozstrzygnięcia 29 marca 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście w części dotyczącej:

1. zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. w zakresie pakietu nr 1 i 2 jako oferty o treści sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wobec braku zaoferowania tapicerki dla mebli FL i FL2, która w wyglądzie i dotyku imitowałaby zamsz, jak również braku wymaganych certyfikatów dot. wytrzymałości tapicerki na min. 100 000 cykli Martindala dla oferowanych produktów w pakiecie nr 1 tj. „sofy” oraz „siedziska typu lounge” o symbolach FL i FL2,

2. czynności oceny ofert i wyboru oferty firmy MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i 2, pomimo iż jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 1 i 2

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24, art. 26, art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, także w zw. z art. 13 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

i żądając – w zakresie pakietu nr 1 i 2 – unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. i odrzucenia jej oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w opisie pakietu nr 1 dotyczącym mebli oznaczonych symbolem FL i FL2 oczekiwał, by tapicerka w wyglądzie

i dotyku imitowała zamsz, natomiast w opisie mebla oznaczonego symbolem SO1 w pakiecie nr 1 wymagał, by w skład tkaniny obiciowej wchodziła wełna i poliamid w przeważającą ilościową procentową wełny. Tymczasem oferta MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. nie spełnia tych wymogów, gdyż w zakresie ww. pozycji, oferta dotyczy tkaniny FRAME (jak wskazuje adnotacja na atestach dotyczących tkaniny FRAME, wykonana przez Grzegorza Kitłowskiego, prokurenta tej spółki), która nie jest tkaniną imitującą zamsz. Zatem firma ta musiałaby zaoferować inną, niewymienioną w ofercie, tkaninę, żeby spełnić warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Błędu tego nie można poprawić jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna ona mieć bowiem taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W tym wypadku jednak Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić oferty, gdyż w ofercie były tylko atesty dotyczące tapicerki FRAME oraz tapicerki Extreme, Extreme Plus. MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. wyraźnie zapisał, jakiej tapicerki do jakich produktów zamierza użyć, a obie tapicerki, bezspornie, w wyglądzie i dotyku nie imitują zamszu.

Zatem treść tej oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powinno było skutkować odrzuceniem oferty tej firmy, a sprzeczność ta ma istotny charakter, co wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z załączonych do oferty atestów tkanin dla mebli SO1, FL i FL2 wynika, że dotyczą one wyłącznie tkaniny FRAME, która została wycofana z obrotu, zamiast niej jest produkowana tkanina FAME. Certyfikat wytrzymałości tapicerki na min. 100.000 cykli Martindala przedstawiony przez MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. dotyczy tkaniny FRAME, a nie FAME.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Ponadto takie działanie stanowi naruszenie ustawy Prawo własności przemysłowej. Zdaniem

Odwołującego MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w ww. przepisie, gdyż w swojej ofercie przedstawiła atesty wytrzymałościowe do produktów SO1, FL i FL2, które zostały wykonane na podstawie produktów Odwołującego, prawdopodobnie na podstawie zdjęć katalogowych. Według firmy Remodex (autor atestów) sofy miały różnić się jedynie innym rodzajem pianki, natomiast cała reszta (kształt, gabaryty, estetyka, elementy charakterystyczne mebla i tapicerki) jest dokładną kopią rozwiązania firmy Martela, którego wzór jest zastrzeżony.

Opisane krzesła i stoły (pozycje ST3, ST2, KG3, KG4) są produkowane tylko i wyłącznie przez firmę Sitag. Po wykonaniu wyceny przez firmę Sitag dla Odwołującego, okazało się, iż oferta, jaką otrzymała Martela bezpośrednio ma wyższe ceny zakupu niż zaproponowała Zamawiającemu MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. w tym postępowaniu. Inne firmy, które poprosiły Sitag o wycenę tych samych mebli, również otrzymały wyższe ceny. Ponieważ Mikomax 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. jest franszyzobiorcą spółki Mikomax z Łodzi, Odwołujący zwrócił się z zapytaniem do głównego podmiotu (Mikomax z Łodzi) i nie otrzymał żadnej oferty. Okoliczności te, zdaniem Odwołującego, uzasadniają przekonanie, że oferta MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. zawiera cenę niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi, zatem rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, bądź doszło do jakiejś formy porozumienia firmy Sitag z jednym ze swoich dealerów – Mikomax 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W myśl natomiast art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców,

rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów, pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpienia MIKOMAX 2 – Meble Biurowe Sp. z o. o., a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, na podstawie przedstawionych dokumentów oraz stanowisk uczestników postępowania, Izba stwierdziła, iż wymóg pokrycia kwestionowanych mebli tkaniną imitującą zamsz jest bezsporny, jak również to, że produkowana przez duńską firmę Gabriel A/S tkanina FRAME i FAME jest tą samą tkaniną, jedynie o zmienionej nazwie handlowej. Przystępujący przyznał również w przystąpieniu do protestu (str. 3), jak i później, iż tkanina FRAME/FAME nie jest tkaniną imitującą zamsz, podobne stanowisko zajął też Zamawiający. W związku z powyższym, oraz na podstawie okazanej próbki tkaniny, Izba stwierdziła, iż tkanina FRAME/FAME nie jest tkaniną imitującą zamsz, a w swojej ofercie Przystępujący nie przedstawił atestu dla tkaniny imitującej zamsz.

Izba stwierdziła też, że Przystępujący w swojej ofercie nie wskazywał bezpośrednio nazw tkanin obiciowych i poszczególnych mebli, do których zostaną użyte, a zarzut Odwołującego w tym zakresie został oparty na adnotacjach, którymi były opatrzone poszczególne dokumenty w celu przyporządkowania danych dokumentów do wymagań zamieszczonych w rozdziale V „Wykaz oświadczeń i dokumentów...” specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaświadczeń podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzających, że oferowany asortyment odpowiada

określonym normom lub specyfikacjom technicznym, np. „załącznik nr 12 – fotel audytoryjny FA tapicerka test ścieralności 100 tys. cykli”, „załącznik nr 12 – sofy SO1 badanie wytrzymałości”, „załącznik nr 12 – fotele SO1, FL, FL2 badania tapicerki trudnopalność” itd. Dokumenty te zawierają m.in. nazwy i właściwości tkanin. W podobny sposób Przystępujący oznaczał też inne dokumenty, np. załącznik nr 4 – podmiot zdolność finansowa, załącznik nr 6A i B - podwykonawcy.

W przystąpieniu do protestu z 18 marca 2010 r. Przystępujący stwierdził, że oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tkanina FRAME jest przeznaczona do wykonania „siedzisk typu lounge” o symbolu SO1, natomiast dla foteli FL i FL2 jest zaproponowana tkanina COMFORT, a adnotacja na certyfikacie na tkaninę FRAME dotycząca foteli FL i FL2 znalazła się tam omyłkowo, co spowodowało niedołączenie odpowiedniego certyfikatu dla tych mebli. Jednak w samym formularzu ofertowym Przystępujący złożył oświadczenie, że gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast omyłka ta jest omyłką nieistotną, której poprawienia Zamawiający może dokonać samodzielnie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wymagane certyfikaty uzupełnić zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, iż gdyby Przystępujący nie opisał poszczególnych załączników ze wskazaniem konkretnych mebli, sytuacja byłaby oczywista – dokument dotyczący atestów dla tkaniny imitującej zamsz można by uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako brakujący dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Przedmiotowe adnotacje, nawet jeśli omyłkowe, wskazują jednak pośrednio na treść oferty dla pakietu nr 1 w zakresie tkanin dla foteli FL i FL2, dlatego kwestię tę należy powiązać z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może poprawić w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Niezależnie bowiem od tego, czy Przystępujący omyłkowo opisał same certyfikaty i z tego powodu sądząc, że są one kompletne, nie załączył innych, czy certyfikaty te były prawidłowe, a omyłkowo wskazał niewłaściwą tkaninę, jego celem było niewątpliwie złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest to bowiem standardowe i logiczne dążenie wykonawców biorących udział w przetargu, a Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że Przystępujący chciał zaoferować Zamawiającemu inną tkaninę niż przez niego wymaganą (byłoby to nielogiczne biorąc pod uwagę dostępność tkanin i szeroką rynkową ofertę producentów i sprzedawców mebli), zatem zaistniałą sytuację uznała za omyłkę. Poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty dla pakietu nr 1, nie ulegnie też zmianie cena tej oferty. Samo poprawienie omyłki może nastąpić w prosty sposób – poprzez wykreślenie z nagłówek dokumentów (adnotacji) symboli FL i FL2. Tym samym konieczne będzie wezwanie Przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w zakresie tkaniny imitującej zamsz. Działanie takie spowoduje, że wykonawca ten będzie potraktowany analogicznie i nie gorzej niż wykonawca, który w ogóle nie załączyłby certyfikatu lub załączył certyfikat, ale go nie opisał, a także – analogicznie i nie gorzej niż wykonawca, który taki błąd zrobiłby bezpośrednio w formularzu ofertowym.

Zarzut dotyczący przedstawienia niewłaściwych atestów ze względu na to, iż przedstawiono atesty dla tkaniny FRAME, a nie FAME, nie potwierdził się. Jak stwierdzono na wstępie, nie jest sporne to, że tkanina FRAME i FAME jest tą samą tkaniną, jedynie o zmienionej nazwie handlowej – na fakt ten w swojej argumentacji wskazuje zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, potwierdza to także przedstawione przez Odwołującego podczas rozprawy oświadczenie producenta tkaniny z 7 kwietnia 2010 r. („artykuły Frame i Fame to ta sama tkanina”). Tym samym Izba stwierdziła, że Przystępujący przedstawił atest dla proponowanej tkaniny, zgodnie z wymogami Zamawiającego, gdyż dotyczą one właściwej tkaniny, o podanym składzie

i właściwościach, a jedynie innej nazwie (pomijając fakt, że nie są to atesty dla tkaniny imitującej zamsz, co jest bezsporne).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego skopiowania wzoru mebli produkowanych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania tego zarzutu. Po pierwsze Odwołujący w swoim zarzucie powołał się na informację uzyskaną od spółki P.U.R. Remodex Sp. z o.o., która w oświadczeniu załączonym do przystąpienia do protestu temu faktowi zaprzeczyła. Poza tym do przystąpienia tego Przystępujący załączył oświadczenie z 16 marca 2010 r. złożone w imieniu SITAG Formy Siedzenia Sp. z o.o. (wskazanej w atescie jako producent spornych mebli), która zaprzeczała korzystaniu z katalogów firmy Martela wskazując, że meble te wykonała na podstawie rysunków i opisu zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a po porównaniu okazanych zdjęć mebli firmy Martela i rysunku zawierającego przykładowe rozwiązanie, zamieszczonego na stronie 3. załącznika nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że produkty te są do siebie bardzo podobne. Natomiast sama kwestia, z jakich materiałów korzystał Zamawiający, pozostaje poza rozpatrywanym zarzutem.

Izba uznała również, że nie potwierdził się zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący w swojej argumentacji wskazał jedynie, iż jemu i innym wykonawcom SITAG Formy Siedzenia Sp. z o.o. zaoferowała wyższe ceny zakupu, co nie jest wystarczającym dowodem dla stwierdzenia, że po takich samych cenach meble te zakupi także Przystępujący, a tym samym odsprzeda je Zamawiającemu po cenach niższych niż cena zakupu. Na fakt różnicowania cen dla poszczególnych odbiorców (jakkolwiek nie odnosi się wprost do wysokości cen dla Przystępującego) zwraca uwagę także SITAG Formy Siedzenia Sp. z o.o. w swoim piśmie z 16 marca 2010 r.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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.).

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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....