

**WYROK**  
**z dnia 17 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szytowska- Maziarz

**Protokolant:** Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2017 r. przez wykonawcę (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w K.** w postępowaniu prowadzonym przez (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w G.**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w K.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w K.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę artykułów żywnościowych na potrzeby (...) Sp. z o.o.” (znak (...)) przez (...) Sp. z o.o., ul. (...), G. (dalej „zamawiający”) wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych nr (...) z dnia 30 grudnia 2016 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 7 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji w konsekwencji uznania, że oferta złożona przez odwołującego jest ofertą wariantową.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 3.

Odwołujący podał, że w Rozdziale 3 pkt 1 ppkt 1 SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia” zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa pakiet nr 1: warzyw i owoców, pakiet nr 2: ziemniaków obieranych, pakiet nr 3: mleka i wyrobów mleczarskich.

Zgodnie zaś z rozdziałem 3 pkt 1 ppkt 2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiono w dodatku nr 2 do SIWZ (załącznik nr 1 do oferty). Odwołujący uzupełnił, że dodatek nr 2 został stworzony osobno dla każdego pakietu.

Wyjaśnił także, że dodatkowe wymogi co do przedmiotu zamówienia zostały określone przez zamawiającego w ramach rozdziału 3 pkt 2 ppkt 1-9 SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że złożył ofertę częściową jedynie w zakresie realizacji pakietu nr 3, zgodnie z rozdziałem 4 SIWZ oraz odpowiednio do postanowień rozdziału 14 SIWZ. Wyjaśnił, że ofertę sporządził przy użyciu formularzy przewidzianych przez

zamawiającego.

Podał nadto, że pismem z dnia 30 stycznia 2017 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 3, wskazując w uzasadnieniu prawnym, że podstawą odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zaś w uzasadnieniu faktycznym, że w pkt 14 ppkt 1 SIWZ zamawiający przewidział, że wykonawca może złożyć wyłącznie jedną ofertę oraz, że w pkt 6 SIWZ zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazując w dodatku nr 2 do SIWZ nazwy własne jako przykładowe, dopuścił jednocześnie możliwość zaoferowania produktu o innej nazwie (rozwiązanie równoważne) – tylko w tym przypadku, każdy z wykonawców zobowiązany był w załączniku nr 2 w rubryce *Jeśli dotyczy - nazwa produktu równoważnego oferowanego przez Wykonawcę* do podania nazwy oferowanego produktu równoważnego.

Odwołujący podał również, że zdaniem zamawiającego, w załączniku nr 1 do oferty, w pozycjach 1,2,3,9,10, tj. w pozycjach, w których zamawiający nie podał przykładowych nazw handlowych, odwołujący złożył dwie oferty, podając w osobnych rubrykach różne nazwy handlowe/producentów zaoferowanych produktów, co oznacza, że odwołujący złożył oferty wariantowe, co jest niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący przypomniał, że:

- zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy Pzp przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego,
- zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zdaniem odwołującego się dokonana przez zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty jest niezgodna z przywołanymi powyżej przepisami ustawy.

W pierwszej kolejności wskazał, iż w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie przewidział, poza ogólnymi sformułowaniami dotyczącymi każdego z pakietów, zawartych

w rozdziale 3 pkt 2, sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pakiecie nr 3, w szczególności zamawiający nie przewidział w SIWZ konieczności dostarczenia przez wykonawcę, przez cały okres trwania umowy, produktu np. jogurtu naturalnego wyłącznie jednego producenta, co oznacza, że dopuścił dostarczanie przez wykonawców produktów różnych producentów, występujących pod różnymi nazwami handlowymi, pod warunkiem, że każdy z tych produktów, określonego typu, będzie posiadał określone przez zamawiającego parametry – w przypadku (przykładowo) jogurtu naturalnego, waga dostarczanego produktu nie może przekroczyć 150 gr, a zawartość tłuszczu nie może być niższa niż 2%.

Odwołujący podniósł, że z treści złożonej przez niego oferty w sposób nie budzący wątpliwości wynika zobowiązanie do dostarczenia wymaganych przez zamawiającego produktów określonego rodzaju, w określonych przez zamawiającego ilościach i posiadających określone właściwości i, wbrew ocenie dokonanej przez zamawiającego, oferta odwołującego nie stanowi oferty wariantowej, ponieważ w żadnym fragmencie oferta nie wskazuje odmiennego, w stosunku do określonego przez zamawiającego, sposobu wykonania zamówienia publicznego. Przeciwnie, odwołujący wskazał zamawiającemu, w każdym miejscu załącznika nr 1 do oferty, że dostarczy mu produkty w określonej cenie, w żądanej przez niego ilości i spełniające określone przez niego parametry.

W ocenie odwołującego fakt, iż w wierszach 1,2,3,9,10 załącznika nr 1 do ofert wskazał, iż w ramach przedmiotu umowy dostarczy łączną, wymaganą przez zamawiającego ilość produktów różnych producentów, nie zmienia tej oceny.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt KIO 1866/12; KIO 1878/12, zgodnie z którym *„Nie można zgodzić się, że oferta jest ofertą wariantową z tego względu, że wskazano w niej alternatywnie dwóch producentów. Zgodnie z art. 2 pkt 7 p.z.p., oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Wskazanie dwóch producentów spełniających wymagania określone przez zamawiającego nie prowadzi do odmiennego sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od tego, które wyroby zostaną użyte przy realizacji zamówienia, sposób jego wykonania będzie taki jak wymagał tego zamawiający.*

Podsumował, że z taką właśnie sytuacją, jak w przywołanym wyżej orzeczeniu KIO, mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem („Wykaz dokumentów wchodzących w skład kopii dokumentacji postępowania do KIO”) – wpływ do Izby w dniu 13 lutego 2017 r., Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 15 lutego 2017 r. , a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołanie zostało złożone w odniesieniu do pakietu nr 3.

Przedmiotem zamówienia w tej części jest sukcesywna dostawa mlekani wyrobów mleczarskich (pkt 1 ppkt 1 SIWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w dodatku nr 2 do SIWZ (pkt 1 ppkt 2 SIWZ).

Zamawiający dopuścił zaoferowanie produktów równoważnych w przypadku, gdy posłużył się przy opisie przedmiotu zamówienia znakami towarowymi, patentami, wskazał pochodzenie, źródło lub szczególny proces (pkt 1 ppkt 3 SIWZ).

Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (pkt 6 SIWZ).

W pkt. 14 ppkt 1 lit. a) SIWZ zamawiający podał, że wykonawca może złożyć jedną ofertę [na dany pakiet – pkt 4 SIWZ: „Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do jednej lub więcej części (pakietów)"] oraz w pkt. 14 ppkt 1 lit. e) oczekiwał sporządzenia oferty na formularzach stanowiących dodatki nr 1 i 2 do SIWZ (zalecając w pkt. 14 pkt 1 lit. g) korzystanie z opracowanych przez zamawiającego wzorów).

W pkt. 14 ppkt 1 lit. g) zamawiający wskazał nadto: „Wykonawcy nie wolno natomiast dokonywać żadnych merytorycznych zmian we wzorach (dodatki do SIWZ) opisujących przedmiot zamówienia (dodatek nr 2 do SIWZ) opracowanych przez Zamawiającego”.

W pkt. 14 ppkt 1 lit. h) zamawiający zażądał wskazania m.in.: nazwy wytwórcy (producenta), a jeśli dotyczy – nazwę handlową oraz nazwę produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze formularza ofertowego ujęto m.in. oświadczenie wykonawcy o treści: „oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami i opisem przedmiotu zamówienia zawartymi w treści SIWZ”.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze – załączniku cenowym – odnoszącym się do pakietu 3 w kolumnie 5 zamawiający oczekiwał podania przez zamawiającego nazwy wytwórcy (producenta), w kolumnie 6 podania nazwy handlowej produktu, zaś w kolumnie 7 podania nazwy produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę – jeżeli, co wynika z pkt 1 ppkt 3 SIWZ, zamawiający posłużył się nazwami własnymi produktów.

W pozycjach 1,2,3,9 i 10 zamawiający nie posłużył się przy opisie przedmiotu zamówienia nazwami własnymi produktów.

W opracowanym przez siebie wzorze umowy (dodatek nr 8 do SIWZ) zamawiający – § 9 ust. 6 – dopuścił zmianę zaoferowanych przez wykonawcę cen w następujących przypadkach:

- a) wstrzymania lub zakończenia produkcji,
- b) przejściowego braku produktu przy jednoczesnej możliwości dostarczenia produktu zamiennego o parametrach nie gorszych od produktu objętego umową z dopuszczeniem zmiany przedmiotu umowy w szczególności co do nazwy własnej produktu lub nazwy producenta.

Odwołujący złożył ofertę, wypełniając formularz ofertowy opracowany przez zamawiającego, w tym złożył oświadczenie: „oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami i opisem przedmiotu zamówienia zawartymi w treści SIWZ”.

Załączył także szczegółowy załącznik cenowy wraz z opisem przedmiotu zamówienia, w którym – w zakresie zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji – zaoferował:

poz. 1 – (...) R. (nazwa wytwórcy, producenta), (...) Jogurt naturalny 150 g (nazwa handlowa) oraz Jogurt naturalny 150 g (...) (nazwa produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę)

poz. 2 – (...) R. (nazwa wytwórcy, producenta), (...) Jogurt deserowy z wiśniami 150 g i z truskawkami (nazwa handlowa) oraz Jogurt owocowy 150 g (...) (nazwa produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę)

poz. 3 – (...) R. (nazwa wytwórcy, producenta), (...) masło extra 82% (nazwa handlowa) oraz Masło ekstra 200 g (...) (nazwa produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę)

poz. 9 – (...) R. (nazwa wytwórcy, producenta), Śmietana 12% 400 ml (nazwa handlowa) oraz Śmietana wiejska (...) 12% 400 ml (nazwa produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę)

poz. 10 – (...) C. (nazwa wytwórcy, producenta), Twaróg śmietankowy 1 kg wiaderko (nazwa handlowa) oraz Twaróg śmietankowy 1 kg wiaderko (...) (nazwa produktu równoważnego oferowanego przez wykonawcę).

Pismem z dnia 30 stycznia 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając następujące uzasadnienie: „Zgodnie z pkt. 14 ppkt. 1) siwz - Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu może złożyć jedną ofertę. Ponadto Zamawiający w pkt. 6 siwz zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych. W sytuacji natomiast, gdy w dodatku nr 2 do siwz (załączniku nr 2 do oferty) Zamawiający podaje nazwy własne (handlowe) jako przykładowe, dopuścił możliwość zaoferowania produktu o innej nazwie (rozwiązanie równoważne). Tylko w tym przypadku każdy z Wykonawców zobowiązany był w załączniku nr 2 do oferty (dodatku nr 2 do siwz), w rubryce *Jeśli dotyczy-nazwa. produktu równoważnego oferowanego przez Wykonawcę*” - do podania nazwy oferowanego produktu równoważnego. Wykonawca, firma: „(...) ” Sp. z o.o. K., ul. (...), złożył ofertę na pakiet nr 3. W załączniku nr 1 do oferty, w pozycjach nr 1,2,3,9,10, w których Zamawiający nie podał przykładowych nazw handlowych, w/w Wykonawca złożył dwie oferty podając w osobnych rubrykach różne nazwy handlowe/producentów zaoferowanych produktów. Tym samym w/w Wykonawca złożył oferty wariantowe, co jest niezgodne z treścią siwz.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z definicją legalną podaną w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Jedynym dopuszczonym przez zamawiającego sposobem wykonania zamówienia w pakiecie 3 była sukcesywna dostawa zaoferowanych wyrobów mlecznych. Co istotne, w przypadku pozycji 1,2,3,9 i 10 sprecyzowanie w ofercie oferowanych w poszczególnych pozycjach wyrobów miało nastąpić, poprzez podanie dla danej pozycji jednego producenta i jednej nazwy własnej wyrobu, co wynika z użycia liczby pojedynczej w opisie kolumn załącznika cenowego, a także w pkt. 14 ppkt 1 lit. h SIWZ, a co oznacza, że realizacja zamówienia polega na sukcesywnych dostawach, przez cały okres realizacji umowy, tego samego produktu (tego samego producenta i o tej samej nazwie).

Taka też jest powszechna praktyka w umowach zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych, co wiązać należy z potrzebą znajomości przez strony nie tylko cech dostarczanych wyrobów (np. w przypadku jogurtów z pozycji 1, że są to jogurty o zawartości tłuszczu 2% o gramaturze 150 z tolerancją +/- 15 g), ale także z tym, jakie konkretnie



produkty to będą.

Zaoferowanie przez odwołującego w ramach jednej pozycji dwóch różnych produktów, choć każdy z nich odpowiada wymogom minimalnym zamawiającego, oznacza że sposób wykonania zamówienia może polegać na sukcesywnych dostawach w odniesieniu do danej pozycji zamiennie różnych produktów (o innej nazwie i innego producenta) – w jednej dostawie produktu jednego producenta, w kolejnej produktu drugiego producenta, a nawet na dostawie w ramach jednej dostawy produktów różnych producentów.

Dostrzeżenia wymaga, że oferta odwołującego nie zawierała żadnych informacji dodatkowych co do „pierwszeństwie” w dostawie jednego z dwóch produktów.

W toku rozprawy odwołujący oświadczył, że *„wskazując takie same produkty co do właściwości oczekiwanych przez Zamawiającego, ale innych producentów kierował się tym, aby możliwa była realizacja zamówienia także w przypadku, gdy przykładowo producent zmieni gramaturę produktu”* albo gdy *„produkt wskazanego producenta w toku realizacji zamówienia będzie niedostępny”*.

W związku z powyższym podnieść należy, że odwołujący w ofercie nie zawarł żadnych dodatkowych informacji, które pozwoliłyby zamawiającemu na ustalenie, że w ramach jednej dostawy odwołujący nie będzie dostarczał produktów dwóch producentów (dla danej pozycji asortymentowe) albo, że nie będzie dostarczał raz produktu jednego producenta, raz innego.

Nadto przypomnienia wymaga, że zamawiający w postanowieniach wzoru umowy (§ 9 ust. 6) przewidział dopuszczalne zmiany umowy w przypadkach, gdy dostawa produktu zaoferowanego nie będzie możliwa.

Zarówno w odwołaniu, jak i w toku rozprawy odwołujący podkreślał fakt, że wszystkie zaoferowane przez niego produkty były zgodne co do oczekiwań zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby kwestia ta nie ma znaczenia z punktu widzenia kwalifikacji oferty odwołującego jako wariantowej, ponieważ oferty wariantowej SIWZ przedmiotowego postępowania nie dopuszczała.

Zauważenia wymaga, że w pozycjach 1,2,3,9 i 10 zamawiający nie posłużył się przy opisie przedmiotu zamówienia nazwami własnymi produktów, co oznacza, że kolumna 7 załącznika cenowego nie powinna zostać przez odwołującego w ogóle wypełniona, a co oznacza także, że odwołujący, wypełniając kolumnę 7, złamał zakaz dokonywania zmian merytorycznych wynikający z pkt. 14 ppkt 1 lit. g SIWZ.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że gdyby oferta odwołującego

w pakiecie 3 nie została uznana za ofertę wariantową, to należałoby ocenić, czy odwołujący nie złożył dwóch ofert w zakresie zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji, co stoi w sprzeczności z przepisem art. 82 ust. 1 ustawy Pzp („Wykonawca może złożyć jedną ofertę (...)”) i postanowieniem pkt. 4 SIWZ.

Odnoszącym do tego przykładem jest zaoferowanie przez wykonawcę w ramach jednej pozycji dwóch produktów, z których jeden spełnia, a drugie nie spełnia wymagań zamawiającego – nie można jednej oferty ocenić jako jednocześnie spełniającej i nie spełniającej wymagania SIWZ w odniesieniu to tych samych wymagań. Oznacza to po prostu złożenie dwóch ofert, z których jedna spełnia, a druga nie spełnia wymagania zamawiającego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się,

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 7 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji w konsekwencji uznania, że oferta złożona przez odwołującego jest ofertą wariantową nie potwierdził się.

Zarzut został postawiony w konsekwencji uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego jest ofertą wariantową.

W konsekwencji zatem uznania, że zarzut poprzedni, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ oferta złożoną przez odwołującego jest ofertą wariantową nie potwierdził się, uznać także należało, że nie potwierdził się zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....