

Sygn. akt: KIO 2428/17

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PORTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersytet Gdański z siedzibą w Gdańsku,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Uniwersytetowi Gdańskiemu z siedzibą w Gdańsku:
 - 1.1 unieważnienie czynności odrzucenia ofert Odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PORTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku
 - 1.2 nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Uniwersytet Gdański z siedzibą w Gdańsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwotę 7 988 zł 29 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt osiem złotych 29/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu, noclegu oraz doręczeń związanych z wniesionym odwołaniem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Uniwersytet Gdański z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę środków czystości dla Uniwersytetu Gdańskiego, znak sprawy A 120-211-98/17/SS, zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 sierpnia 2017 r. pod nr 572971-N-2017.

W dniu 20 listopada 2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył odrzucenie jego oferty jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.
2. Art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprzestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty,
2. Powtórzenie czynności oceny ofert,
3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W dniu 15 listopada 2017 r. Odwołujący został zawiadomiony o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp na skutek uznania, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego czynność ta była bezpodstawną i naruszyła jego interes, stąd wystąpiła konieczność wniesienia niniejszego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał, że w poz. 6 formularza cenowo-przedmiotowego (załącznik nr 1a do SIWZ) wymagał produktu: „Krażki do spłuczki kolor niebieski lub zielony, 1 szt. waga 40g”, natomiast zaoferowano krążek do spłuczki Chemis 50 g. W poz. 63 wymagał - „Proszek do prania, zawierający: 5-15% anionowe środki powierzchniowo czynne, 45% niejonowe środki powierzchniowo czynne, mydło, polikarboksylany, fosfoniany, zeolit, 1 szt., waga 1,4 kg” natomiast zaoferowano Proszek do prania E color, Henkel 1,5kg.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane środki miały parametry zgodne z wymaganymi przez Zamawiającego, a co za tym zakres świadczenia określony w SIWZ jest tożsamy z tym w ofercie Odwołującego.

W rozdziale II pkt. 12 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca zaoferował środki o określonych w specyfikacji wielkościach, tj. pojemnościach, ilościach w opakowaniach, wadze itp., chyba, że wskazana wielkość nie jest dostępna np. ze względu na zaprzestanie produkcji środka w danej wielkości, co Wykonawca będzie w stanie udowodnić. Wykonawca nie mógł jednak sam dokonywać zmian ilości przeliczając je według swoich zaoferowanych wielkości.

Odwołujący wykazując w odwołaniu zgodność swojej oferty z SIWZ wskazał, że może realizować przedmiot zamówienia z dołączonymi gratisami. Ich zaoferowanie Zamawiającemu nie jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami, a treść SIWZ nie regulowała tej kwestii w żaden sposób. W tej sytuacji Odwołujący uznał, że dołączenie gratisów jest w pełni dopuszczalne i dla uatrakcyjnienia swojej oferty w dwóch jej pozycjach zaoferował produkty z gratisami (kostki do spłuczki i proszek do prania). Ponieważ Zamawiający w treści SIWZ nie wprowadził żadnych ograniczeń, co do dołączania gratisów do przedmiotu zamówienia Odwołujący podniósł, że jego oferta jest niesprzeczna, a zatem zgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

Jako dodatkowy argument na swoją korzyść Odwołujący podniósł, że przepisy prawa nie ograniczają swobody, co do oferowanych w celu uatrakcyjnienia sprzedaży

przez przedsiębiorstwo towarów. Często stosowaną formą tego rodzaju uatrakcyjnienia jest sprzedaż zestawów lub pakietów promocyjnych (gadżet, prezent, różnego rodzaju gratisy w związku z reklamą towaru). Odwołujący jako przedsiębiorca również we własnym zakresie organizuje promocje celem reklamy produktu i wizerunku firmy jak i w celu otrzymania rabatu cenowego od obrotu, bo to kształtuje niższą cenę. Jest to tak popularne i naturalne, że każdy spotyka się z tym na co dzień np. w sklepach detalicznych. Właśnie z taką formą uatrakcyjnienia oferty zastosował w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący. Jego zdaniem problem i faktyczna niezgodność z SIWZ wystąpiłyby gdyby zaproponował np. proszek 1,4 kg, tak jak wymagał Zamawiający, z opisem na opakowaniu 1,3 kg + 100 g gratis.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający przez zaniechanie odrzucenia jako niezgodnych z SIWZ ofert wykonawców Drachma i FHU Arkan naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. W poz. 50 formularza cenowo-przedmiotowego Zamawiający wymagał następującego produktu - „Płyn do WC, usuwający kamień i rdzę, dezynfekuje i myje, zawiera kwas glikolowy = 1%, kwas fosforowy 10%<C<25%, kwas amidosulfonowy < 5%, w trzech kompozycjach zapachowych do wyboru w tym limonkowy, pojemność 1 szt. 500 ml.” Wykonawca Drachma zaproponował w tym zakresie płyn WC Sansed, Libella który nie spełnia wymagań, ponieważ zawiera w swoim składzie kwas fosforowy poniżej 10%, nie zawiera kwasu glikolowego jak i nie zawiera kwasu amidosulfonowego (nr CAS 5329-14-6), co widać w karcie charakterystyki produktu. Podobnego rodzaju niezgodności z wymaganiami SIWZ znajdują się w ofercie FHU Arkan.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 1 grudnia 2017 roku Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i zakwestionował słuszność przedstawionej przez niego argumentacji. W toku rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje stanowiska. Zamawiający podniósł, że o fakcie, że w ofercie Odwołującego został mu zaoferowany promocyjny gratis dowiedział się nie z oferty, a z pisma Odwołującego przekazanego mu na etapie oceny ofert. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do istoty sporu, w ocenie Izby bez znaczenia jest fakt, czy Odwołujący zaoferował kostki o masie 40 gr + gratis i proszek o masie 1400 gr + gratis, czy też zaoferował te produkty o masie odpowiednio 50 gr i 1500 gr. Biorąc pod uwagę przeznaczenie obydwu produktów trudno przyjąć, że oferta była sprzeczna z SIWZ. Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że oba produkty spełniają jego obiektywne potrzeby, nie spełniają jedynie wymogów określonych w SIWZ. Wziąć trzeba jednak pod uwagę, że konstruować opis przedmiotu zamówienia należy tak, by jego treść wynikała z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający uprawniony jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który poprzez zawężenie ilości rodzajów spełniających jego potrzeby produktów automatycznie uniemożliwia złożenie oferty pewnemu kręgowi zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców. Dopóki jednak Zamawiający nie działa w celu ograniczenia dostępu wykonawców do przedmiotu zamówienia, tylko w celu zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb, jest to działanie dopuszczalne i zgodne z prawem. Zamawiający musi mieć jednak świadomość, że musi zaspokoić swoje potrzeby przy możliwie najmniejszym ograniczeniu dostępu podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że określenie przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw kostek i proszku do prania przez wskazanie mas tych produktów odpowiednio jako 40 g i 1,4 kg było wynikiem dotychczasowych, złych doświadczeń z udzielania podobnych zamówień, między innymi problemów z porównywalnością ofert. W ocenie Izby przyznał tym samym, że naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę proporcjonalności. Opis przedmiotu zamówienia nie wynikał z potrzeby zaspokojenia obiektywnych potrzeb Zamawiającego i w nieuzasadniony sposób ograniczał dostęp potencjalnie zainteresowanych wykonawców do udziału w postępowaniu.

Doświadczenia Zamawiającego w udzielaniu zamówień nie mogą w negatywny sposób odbijać się na uczestnikach postępowania. Obowiązkiem Zamawiającego jest organizowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia w sposób wynikający z przepisów prawa

i zgodny z tymi przepisami. Zamawiający w żadnym wypadku nie może dokonywać „poprawy” obowiązujących norm prawnych w oparciu o własne doświadczenia i związane z nimi poglądy na temat przepisów prawa zamówień publicznych. W przypadku postępowania na „Sukcesywne dostawy środków czystości dla Uniwersytetu Gdańskiego” Zamawiający opisał parametry wagowe części zamawianych produktów w sposób nadmiernie precyzyjny, nie dopuszczając rozsądnego marginesu dopuszczalnych odstępstw od wskazanej w OPZ wagi produktów. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia byłoby to działanie w pełni uzasadnione i świadczące o znajomości realiów – powszechną praktyką wśród konkurujących ze sobą producentów środków czystości jest oferowanie produktów o minimalnie innej wadze niż te sprzedawane przez konkurentów. Z punktu widzenia konsumenta nie ma żadnej różnicy czy kostka toaletowa waży 40, 45 czy 50 g. W przypadku proszków do prania sytuacja jest podobna. O ile przedmiotem odwołania nie jest kształt opisu przedmiotu zamówienia, o tyle w ocenie Izby błędy Zamawiającego popełnione na etapie tworzenia OPZ przyniosły skutek w postaci bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający dokonał oceny ofert pod kątem zgodności z SIWZ w sposób rygorystyczny, doprowadzając do sytuacji, gdy za niezgodną ze specyfikacją została uznana oferta w pełni spełniająca jego obiektywne i uzasadnione potrzeby.

Biorąc pod uwagę całą dokumentację z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w szczególności treść odpowiedzi na pytanie nr 4 do SIWZ opublikowanej w dniu 30 sierpnia 2017 r. Zamawiający nie miał podstaw do uznania oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający poinformował wszystkich zainteresowanych, że „Jeżeli producent nawet w tym samym opakowaniu informuje o dodatkowej sztuce gratis to będzie to traktowane jako dodatek nie mający wpływu na oczekiwany produkt i cenę” więc powinien mieć świadomość, że wykonawcy wyjaśnienie takie potraktują jako ogólną regułę postępowania.

Odwołujący, biorąc pod uwagę treść wspomnianej wyżej odpowiedzi oraz przepisy Pzp w zakresie sposobu sporządzania opisu przedmiotu zamówienia i zasadę równego traktowania wykonawców, miał wszelkie postawy zakładać, że jego oferta jest zgodna z SIWZ. Odpowiedź na pytanie nr 4 pozwalała wysnuć wniosek, że podane parametry mają charakter parametrów minimalnych. Skoro w konkretnym przypadku Zamawiający stwierdził, że otrzymując w opakowaniu cztery zamiast trzech ściereczek oceniając ofertę uwzględni trzy ściereczki w opakowaniu to wnioskując przez analogię można było uznać, że kostka 40 + 10 gr i proszek 1 400 + 100 gr zostanie potraktowany tak samo. Trudno też wyobrazić sobie sytuację, w której Zamawiający uznaje za zgodny z SIWZ towar o masie wyrażonej jako waga wymagana w opisie przedmiotu zamówienia + gratis, a nie akceptuje towaru,

którego waga jest taka sama jak tego pierwszego, ale wyrażona w postaci sumy wagi wymaganej i gratisu zaproponowanego przez wykonawcę. Odnosząc to stwierdzenie do odpowiedzi na pytanie nr 4 do SIWZ z 30 sierpnia 2017 r. przyjęc należy, że Zamawiający tak samo potraktowałby opakowanie 3 szt. ściereczek + 1 szt. gratis i opakowanie 4 szt. ściereczek – w świetle udzielonej odpowiedzi oba opakowania spełniałyby wymogi SIWZ. Dlatego w ocenie Izby nie ma znaczenia czy informacja o gratisie zaoferowanym przez Odwołującego była zawarta w treści oferty, czy też poinformował on o nim na późniejszym etapie oceny oferty. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę treść odpowiedzi na pytanie nr 4 z 30 sierpnia 2017 r. i ocenić ofertę w zakresie dotyczącym proszku do prania i kostek do spłuczki toaletowej pod kątem tego, czy oferowane produkty spełniają postawione w SIWZ minimum.

Niestosowanie przez Zamawiającego ustanowionych przez niego zasad prowadzenia postępowania w ocenie Izby przesądza o uznaniu za słuszny zarzutu odwołania tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zasady postępowania wynikają nie tylko z samej SIWZ, ale również z treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania. Przestrzeganie ich nie jest tylko obowiązkiem wykonawców, ale również Zamawiającego.

Izba zwraca jednak uwagę na fakt, że wbrew twierdzeniom Odwołującego przepisy Pzp nie dopuszczają tak nieograniczonego stosowania gratisów promocyjnych jak wynika to z jego stanowiska. Ten sposób uatrakcyjnienia oferty może w określonych okolicznościach zostać uznany za czyn nieuczciwej konkurencji, może też uzasadnić zarzut rażąco niskiej cenie oferty. Izba z całą stanowczością podkreśla, że oferta ma odpowiadać treści SIWZ, a wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnej modyfikacji świadczenia bez wyraźnej zgody Zamawiającego, wyrażonej przed upływem terminu składania ofert, w wymaganej przepisami Pzp formie. Ponieważ odpowiedź na pytanie nr 4 z 30 sierpnia 2017 r. w praktyce oznaczała dopuszczenie składania ofert z gratisami promocyjnymi, to Izba uznała, że w tym konkretnym przypadku złożenie oferty w taki sposób, jak zrobił to Odwołujący było prawidłowe. Izba nie zgadza się jednak z argumentacją Odwołującego dotyczącą popularności akcji promocyjnych stosowanych w handlu detalicznym. Zasady udzielania zamówień publicznych wynikają z Pzp, a stosowanie do nich reguł rynkowych z pominięciem przepisów prawa może skutkować dla wykonawcy odrzuceniem jego oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że oferta złożona przez Odwołującego była zgodna z SIWZ, a podniesione przez niego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp są słuszne.

W zakresie zarzutu nieodrzczenia jako niezgodnych z SIWZ ofert wykonawców Drachma i FHU Arkan, Izba zwraca uwagę, że zarzuty odwołania i zawarte w nim żądania w żaden sposób nie są związane z tą kwestią. Izba wzięła ponadto pod uwagę podniesione przez Zamawiającego argumenty, że ocena ofert jeszcze się nie zakończyła, a oferta wykonawcy FHU Arkan została odrzucona po dacie złożenia odwołania. Z tego względu Izba uznała że odniesienie się do wspomnianych w uzasadnieniu odwołania nieprawidłowości w ofertach ww. wskazanych wykonawców byłoby niecelowe.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane wyżej fakty i argumenty Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....