

WYROK

z dnia 23 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Betasoap Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SUENO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, iHome U. Spółka jawna w Lipkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Betasoap Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Betasoap Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa mydła toaletowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 lipca 2019 roku wykonawca Betasoap Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.,
- 2) wyborze oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum firm: SUENO Sp. z o.o. oraz Home U. Sp. j z siedzibą w Lipkowie, jako oferty najkorzystniejszej

oraz zaniechań czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., polegających na:

- 1) zaniechaniu żądania przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem jego oferty.
- 2) zaniechaniu żądania przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty
- 3) zaniechaniu oceny oferty odwołującego,
- 4) zaniechaniu unieważnienia postępowania.

Wskazanych w pkt. I i II czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 87 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie żądania przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego,
- 2) art. 87 ust. 1 i art. 14 ustawy P.z.p. w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (K.c.) poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że oferta przedstawiona przez odwołującego

nie spełniała wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie wagi mydła,

- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowaną usługę wymagań określonych przez zamawiającego
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności,
- 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania oceny odwołującego,
- 7) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Opierając się na przedstawionych zarzutach odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie :

- 1) zażądania przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum firm: SUENO Sp. z o.o. oraz Home U. Sp. j z siedzibą w Lipkowie jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwzględnieniem, że mydło jest produktem, które podlega wysychaniu i utracie wagi, co nie wpływa w żaden sposób na jego jakość, ani walory użytkowe,
- 5) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie:

- 1) dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie na okoliczności tam wskazane,
- 2) dowodu z dotychczasowej dokumentacji postępowania, szczególnie dokumentów wnioskowanych w niniejszym piśmie na okoliczności wskazane w treści niniejszego odwołania, szczególnie na okoliczność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przypadku jej niewykluczenia i dokonania jej oceny.

3) dowodu z zeznań świadków:

- Pana A. W., głównego technologa odwołującego, na okoliczność procesu wysychania mydeł i wpływu na tę czynność temperatury zewnętrznej oraz wpływu na jakość i walory użytkowe produktu, sposobu obliczania wagi netto mydła,
- Pani M. W., dyrektora zakładu odwołującego, i Pani J. K., pracownika odwołującego, na okoliczność pomiaru kostek mydła oraz ich właściwej wagi.
- Pana A. G., dyrektora odwołującego, na okoliczność masy mydeł i ich zgodności z s.i.w.z. w momencie składania oferty w postępowaniu oraz właściwego zabezpieczenia.

4) dowodu z opinii biegłego z zakresu procesów chemicznych na okoliczność składu mydeł, ich wysychania, wpływu na ten proces czynników zewnętrznych, w tym w szczególności wysokiej temperatury, relacji wysokości temperatury oraz czasu do szybkości utraty masy przez mydło.

Odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego poprzez zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że jest podmiotem legitymowanym do wniesienia odwołania i spełnia przesłanki przewidziane w art. 179 i nast. ustawy P.z.p. Odwołanie jest zasadne, gdyż w przypadku dokonania przez zamawiającego oceny oferty odwołującego, oferta ta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Przekonanie odwołującego w tym przedmiocie podyktowane jest faktem, że cena zawarta w jego odrzuconej ofercie jest dużo bardziej korzystna niż cena zaoferowana przez konsorcjum wykonawców, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i jest jedyną ofertą, która nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższa okoliczność ma na tyle istotne znaczenie, gdyż za kryterium ceny przyznawane była zdecydowana większość punktów, co przemawia na korzyść odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w dniu 04.06.2019r. nastąpiło otwarcie ofert, złożonych w postępowaniu. Do chwili upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły dwie oferty. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3 081 150,00 zł.

W dniu 02.07.2019 r. odwołujący został poinformowany przez zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazano, iż zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dalszej części stwierdzono, iż złożona przez wykonawcę próbka nie była zgodna z opisem przedmiotu

zamówienia. Zgodnie zaś z wymaganiami zamawiającego, masa netto (bez opakowania) 1 kostki mydła powinna wynosić 100 g. Z powyższym rozstrzygnięciem i jego uzasadnieniem odwołujący się nie zgodził i podniósł, że rozstrzygnięcie podjęte przez zamawiającego jest sprzeczne z przepisami prawa, zasadami i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz z zasadami doświadczenia życiowego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., zamawiający określił wymaganą wagę netto (bez opakowania) jednej kostki mydła na 100 g. Jednocześnie zamawiający zaniechał wskazania okresu, czy daty, w której składane kostki mydła miały zachować przewidzianą wagę, nie uwzględniając tym samym faktu, który wydaje się być powszechnie znany, iż kostki mydła będące produktem kosmetycznym podlegają wysychaniu, tj. odparowywaniu z nich wody, co doprowadza do zmniejszenia ich masy. Odwołujący przywołał pogląd, zgodnie z którym nieprecyzyjnych postanowień s.i.w.z. nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy .

Z informacji uzyskanych od zamawiającego wynika, że próbki mydeł złożonych w ramach oferty w postępowaniu miały wagę mniejszą od założonej w s.i.w.z. o ok. 4 gramy. Odwołujący podkreślił, iż kostki mydła, w tym także egzemplarze złożone w ramach oferty w postępowaniu, zawsze są wytwarzane w procesie produkcyjnym w taki sposób, by ich waga netto przekraczała masę 100 gram. Jednocześnie odwołujący zawsze dokonuje szczegółowych pomiarów masy rzeczonoego produktu przed ich złożeniem w danym postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż kostki tej samej marki mydła są już dostarczane zamawiającemu w ramach innych wygranych przez odwołującego postępowań. Co więcej, odwołujący dostarcza zamawiającemu kostki mydła od prawie 15 lat, przy czym nigdy nie zostały podniesione wobec nich żadne zastrzeżenia w przedmiocie chociażby jakości lub walorów użytkowych. W dniu 14 marca 2019r. odwołujący dokonał pomiarów tych kostek mydła, które obecnie są dostarczane zamawiającemu i które zostały zgłoszone w ramach oferty w postępowaniu. W wyniku pomiarów stwierdzono, że żadna z kostek mydła nie miała masy mniejszej niż 100 g, zaś wartość średnia wyniosła w przybliżeniu 102,64g. Na dowód przeprowadzonych pomiarów odwołujący przedłożył raport z ważenia mydła z dnia 14 marca 2019r., zaś długoletniej współpracy z zamawiającym stosowne oświadczenie.

Niezależnie od powyższego, wobec stwierdzenia przez zamawiającego naruszenia istotnych postanowień s.i.w.z. w zakresie wagi kostek mydła, w dniu 4 lipca 2019 r. odwołujący przeprowadził w sposób komisyjny pomiary wagi dziesięciu losowych kostek mydła złożonej w ramach oferty w postępowaniu marki. Rzeczone pomiary wykonano na wadze posiadającej aktualne świadectwa legalizacji i wzorcowania. W wyniku powyższych czynności stwierdzono, iż żadna z kostek mydła nie ważyła mniej niż 100 gram. Jako potwierdzenie powyższego w

załączeniu odwołujący przedłożył zdjęcia obrazujące masę netto dwóch kostek mydła wraz z protokołem z dnia 04 lipca 2019 r. z przeprowadzenia ważenia kostek mydła oraz dokumentacją dot. legalizacji wykorzystanego przedmiotu pomiarowego.

Odwołujący zauważył, że mydło, będąc produktem kosmetycznym, jest zaliczane do grup kosmetyków wysychających. Istotną w sprawie okolicznością jest fakt, iż woda jest jednym z głównych składników bazy produktu, a jej obecność stanowi immanentny element warunkujący należyte właściwości użytkowe mydła. Wobec powyższego, pomimo dołożenia najwyższej staranności przez odwołującego oraz zabezpieczenia produktu w sposób należyty, mydło podatne jest na warunki atmosferyczne, w tym w szczególności na wysoką temperaturę, która wraz z upływem czasu, w którym mydło poddane jest pod jego działanie, doprowadza do odparowywania wody skutkującej zmniejszeniem masy produktu. Odwołujący zaznaczył, iż proces odparowywania wody z mydła jest procesem fizycznym, który stanowi normalne i naturalne zjawisko charakterystyczne dla każdego rodzaju tego produktu, przy czym fakt ubytku wody z mydła (masy) nie powoduje obniżenia jego jakości, ani walorów użytkowych. Na dowód powyższego odwołujący przedłożył szczegółową informację Głównego Technologa Betasoap Sp. z o.o., który w sposób szczegółowy wyjaśnia kwestię składu mydeł, konsekwencji działania warunków zewnętrznych i możliwych zmian w jej masie.

Odwołujący przywołał wytyczne Głównego Urzędu Miar zawarte w „Poradniku dotyczącym organizacji systemu kontroli wewnętrznej ilości towaru paczkowanego”. Zgodnie z pkt. III.A. 5 przytoczonego dokumentu Główny Urząd Miar stwierdza, iż w czasie pozostawiania towaru w obrocie każda sztuka towaru nie powinna mieć ilości rzeczywistej mniejszej niż $Q_n - 2T_1$, gdzie wartości dla Q_n i T_1 zostały określone przez urząd w Tabeli nr 1, jako Q_n - masa pierwotna, T_1 dopuszczalna utrata masy na skutek wysychania. Po przeprowadzeniu analizy powyższego, w ocenie odwołującego, zasadny jest wniosek, iż wadą dyskwalifikującą produkt w obrocie, w tym także dostarczone próbki o nominalnej masie 100g, jest waga mniejsza niż 91 g ($100g - 2 \times 4,5g$).

Zdaniem odwołującego istotny w sprawie jest fakt, iż czerwiec był jednym z najgorętszymi miesiącami w historii. Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta wraz próbkami mydeł została złożona przez odwołującego w dniu 3.06.2019r., zaś zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 02.07.2019 r., to w tym blisko jednomiesięcznym okresie, mydła mogły i najprawdopodobniej utraciły nieznacznie swoją masę. Odwołujący podkreślił, iż średnia dobowa temperatura w miesiącu czerwiec 2019 r. wynosiła 27 stopni Celsjusza, podczas gdy w roku 2018 i 2017 były to tylko 23 stopnie. Odwołujący wskazał, iż w ubiegłym miesiącu codzienne temperatury nierzadko osiągały poziom 36 stopni. Jako potwierdzenie

powyższych twierdzeń odwołujący przedłożył wydruki archiwalnych wykresów temperatury dla Warszawy w miesiącu czerwcu roku 2019, 2018 i 2017.

W ocenie odwołującego, nie ulga wątpliwości, iż złożone w ramach oferty w postępowaniu egzemplarze mydła ważyły więcej niż 100 g. jednak, po złożeniu oferty, zmniejszyły swoją wagę na skutek odparowania z nich wody, co jest procesem naturalnym i niepowodującym obniżenia ich jakości ani właściwości, związanym prawdopodobnie z bardzo wysokimi temperaturami, które w okresie składania oferty występowały w Polsce, a więc na skutek okoliczności niezależnych od Betasoap Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zobowiązany był do podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia treści oferty odwołującego przed jej odrzuceniem. Zaznaczył, że zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 P.z.p., z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego, to skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone nieścisłości mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Poza tym zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, Zamawiający najpierw musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści s.i.w.z.. Służą temu w szczególności przepisy art. 87 ust 1. W wyroku KIO wskazane zostało, że prawie każda niezgodność oferty ma odzwierciedlenie w wymogach s.i.w.z., ale z tego powodu nie każda oferta winna być odrzucona.

Odwołujący wskazał, poczynienie ustaleń, że oferta odwołującego nie spełnia wymogów s.i.w.z., w świetle braku zobowiązania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty należy uznać za co najmniej przedwczesne i bezpodstawne, a co za tym idzie za sprzeczne z zasadami i celami postępowania o udzielenie zamówienia. Jak słusznie przyjmuje KIO, zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., jednakże może to nastąpić jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w s.i.w.z. celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści s.i.w.z. wymaganiom. Odwołujący podkreślił, iż ubytek masy mydła na skutek odparowania stanowi proces naturalny i jest normalnym następstwem działania na nie warunków zewnętrznych, przy czym utrata masy nie stanowi o pogorszeniu jakości produktu lub utracie walorów użytkowych. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż mydła zaoferowane w postępowaniu przez odwołującego, pomimo iż po złożeniu oferty niewiele zmniejszyła się ich masa, nadal zapewniają realizację

zamierzonego i opisanego w s.i.w.z. celu. Odwołujący podkreślił, iż posiadając wiedzę na temat treści umowy, którą zawarłby w przypadku wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, godził się na jej zawarcie, przez co deklarował dostawę mydeł w należytej jakości umożliwiającej realizację założonego przez Zamawiającego celu.

Odwołujący w odwołaniu postawił również alternatywny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez zamawiającego. Nie do zaakceptowania jest fakt, że zamawiający pomimo stwierdzenia nieprawidłowości co do treści złożonej przez odwołującego oferty nie zwrócił się do niego z żądaniem złożenia stosownych oświadczeń. Co więcej, zamawiający powyższą okoliczność uzewnętrznił dopiero w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 02.07.2019 r.

W razie uznania przez KIO za zasadny zawarty w niniejszym odwołaniu zarzut dotyczący zaniechania żądania wyjaśnień od odwołującego, z oczywistych przyczyn zasadnym okaże się również zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania oceny oferty odwołującego. Bowiem w przypadku uzyskania od odwołującego wyjaśnień, podlegałaby ona ocenie, co w dalszej kolejności, w ocenie odwołującego powodowałoby jej wybór jako najkorzystniejszej. Z kolei możliwość wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uzasadnia zarzut dotyczący wyboru oferty Konsorcjum firm: SUENO Sp. z o.o. oraz Home U. Sp. j z siedzibą w Lipkowie jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, że cena oferty odwołującego jako jedyna mieściła się w kwocie jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w ramach postępowania. Mogą zachodzić zatem, w ocenie odwołującego, przesłanki do unieważnienia postępowania, za czym przemawiać wydaje się za tym także interes publiczny. Przeznaczenie znacznie większej kwoty na zamówienie w sytuacji gdy odrzucenie oferty z ceną najkorzystniejszą spowodowane jest wyłącznie okolicznościami niezależnymi od oferenta, i które to okoliczności są normalnym zjawiskiem w przypadku działania warunków zewnętrznych takich jak temperatura na mydła, w ocenie odwołującego, stanowić może wyraz zbędnego generowania dodatkowych kosztów dla Skarbu Państwa w wysokości prawie 500 000,00 zł. Jak przyjęto w orzecznictwie tymczasem nie brak udzielenia zamówienia ma powodować naruszenie interesu publicznego, a wręcz przeciwnie — wykonanie zadania (udzielenie zamówienia) ma być sprzeczne z interesem publicznym. Należy przy tym wskazać, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 może nastąpić po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale może mieć też miejsce wcześniej. Przypadek taki wystąpi wtedy,

gdy oferta z najniższą ceną spośród złożonych ofert przekraczać będzie kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie w dniu 23 lipca 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że dotychczasowa współpraca z odwołującym nie usprawiedliwia niezgodności takich mierników jak waga. Temperatura miała wpływ na wszystkie próbki złożone w postępowaniu, również przez innych wykonawców. Fakt samodzielnego ważenia nie może mieć wpływu na ocenę oferty przez zamawiającego, nie ma również podstaw do zastosowania art. 81 ust. 1 ustawy P.z.p. Wniósł o oddalenie wniosków dowodowych z zeznań świadków i opinii biegłego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19.04.2019r. Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wymienionymi w jej treści załącznikami.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., zamawiający określił wymaganą wagę netto (bez opakowania) jednej kostki mydła na 100 g.

Stosownie do pkt. XI.2.3 s.i.w.z., wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą 10 próbek oferowanego mydła toaletowego, stanowiącego część oferty. Próbki zostaną użyte do oceny parametrów jakościowych. Dostarczone próbki muszą być zgodne z przedmiotem zamówienia dostarczonym w trakcie obowiązywania umowy.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- 1) oferta odwołującego z ceną 2 864 377,26 zł
- 2) oferta przystępującego z ceną 3 538 348,38 zł

W dniu 04.06.2019 r. nastąpiło otwarcie ofert, złożonych w postępowaniu. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3 081 150,00 zł.

W dniu 12 czerwca br. komisja przetargowa dokonała komisyjnego ważenia próbek mydła toaletowego. Komisyjnego ważenia dokonano na wadze licencjonowanej, posiadającej aktualne świadectwo legalizacji informacja o legalizacji ponownej w aktach postępowania przetargowego).

Ważeniu poddano 10 próbek złożonych przez odwołującego i 10 próbek złożonych przez przystępującego (protokół z ważenia w aktach postępowania przetargowego).

Waga wszystkich próbek złożonych przez przystępującego wynosiła ponad 100 g.

Żadna z próbek złożonych przez przystępującego nie osiągnęła wymaganych 100 g. Waga najlżejszej próbki wyniosła 94,93 g, zaś waga najcięższej – 96,41 g.

Zgodnie z protokołem z prac komisji przetargowej z dnia 25 czerwca 2019 roku komisja zaproponowała wybór – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez przystępującego. Komisja stwierdziła, że oferta nie podlega odrzuceniu, a jej cena nie przekracza kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 02.07.2019 r. odwołujący został poinformowany przez zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazano, iż zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożona przez odwołującego próbka nie była zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, masa netto (bez opakowania) 1 kostki mydła powinna wynosić 100 g. Tymczasem, po dokonaniu ważenia, zamawiający stwierdził, iż masa każdej z dostarczonych przez odwołującego kostek mydła wynosiła poniżej 100 g.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przedmiotem sporu jest w szczególności rozstrzygnięcie, czy zamawiający – odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. – naruszył wskazany przepis, jako że nie wyjaśnił i nie uwzględnił wszystkich okoliczności sprawy.

Poza sporem pozostaje fakt, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, powinni byli złożyć wraz z ofertą próbki w postaci 10 kostek mydła oraz że masa pojedynczej kostki powinna wynosić 100 g.

Zamawiający w wyniku zważenia kostek mydła dostarczonych przez odwołującego ustalił, że masa pojedynczej kostki w żadnym przypadku nie osiąga wymaganych 100 g. Powyższe zostało przez Izbę ustalone na podstawie protokołów komisji przetargowej, która dokonała ważenia przy użyciu licencjonowanej wagi. Podkreślić należy, że odwołujący nie kwestionował tego faktu, tzn. nie podnosił, że pomiar dokonany przez zamawiającego jest

nieprawidłowy. Nie zarzucił również zamawiającemu, że przechowywał on dostarczone próbki w nieprawidłowych warunkach.

Zarzut odwołania opierał się na stwierdzeniu, że zawarta w pojedynczej kostce mydła woda uległa wyparowaniu, przez co masa kostki zmniejszyła się. W ocenie odwołującego, zamawiający winien tę okoliczność wziąć pod uwagę.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Właśnie w tym celu zamawiający żądał dostarczenia próbek, by ustalić, że przedmiot zamówienia będzie spełniał warunki określone w s.i.w.z. Wymóg dotyczący masy jednej kostki winien być zachowany zarówno w momencie badania próbki przez zamawiającego, jak i w chwili dostarczenia przedmiotu zamówienia przez wykonawcę.

Odwołujący wskazywał, że pomiar próbki, którego dokonywał we własnym zakresie, wskazywał masę wymaganą przez zamawiającego. Powyższe odwołujący wykazywał za pomocą raportów ważenia oraz zdjęć wagi z dokonanym pomiarem, dołączonych jako dowody do odwołania.

Izba wskazuje, że powyższy fakt nie był pomiędzy stronami sporny. Zamawiający nie kwestionował, że pomiar dokonany przez odwołującego mógł wskazywać wymaganą wagę, jak również, że w kostkach mydła może dochodzić do parowania wody. Ponadto wynik z dokonanego przez odwołującego pomiaru został stwierdzony wskazanymi wyżej dowodami. Izba oddaliła zatem wnioski dowodowe odwołującego z zeznań świadków oraz z opinii biegłego, które zostały podniesione na okoliczność wykazania właśnie tych okoliczności.

W rozpoznawanej sprawie podstawowe znaczenie ma masa próbek dostarczonych zamawiającemu, nie zaś próbek, które odwołujący ważył samodzielnie. Stan faktyczny ustalony w sprawie wskazuje na różnicę w masie próbek dostarczonych zamawiającemu a ważonych przez odwołującego.

Izba wskazuje, że odwołujący, który jest profesjonalistą w zakresie produkcji mydła, winien zdawać sobie sprawę z faktu parowania wody zawartej w mydle i wyprodukować takie kostki mydła, które będą zachowywać wymaganą masę również po zajściu takich procesów. Odwołujący winien uwzględnić również takie okoliczności, jak warunki atmosferyczne, które mogą mieć wpływ na szybkość i intensywność parowania. Nie przekonała Izby argumentacja odwołującego, iż na zwiększone parowanie miały wpływ wysokie temperatury powietrza w czerwcu br. Odwołujący powinien zdawać sobie sprawę z tego, że czerwiec jest miesiącem, w którym wysokie temperatury powietrza nie są niczym niespotykanym.

Podkreślenia przy tym wymaga, że próbki złożone przez przystępującego były wystawione na takie same warunki, a mimo to zachowały wymaganą przez zamawiającego masę.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż zgodnie z wytycznymi Głównego Urzędu Miar, wadą dyskwalifikującą produkt, jest masa poniżej 91 g, Izba wskazuje, że tego rodzaju wytyczne nie są powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w Polsce. W niniejszej sprawie miałyby zastosowanie jedynie wówczas, gdyby zamawiający powołał się na nie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu podstawowym dokumentem jest właśnie specyfikacja i zawarty w niej opis przedmiotu zamówienia. Żaden z wykonawców nie zakwestionował podanych w opisie przedmiotu zamówienia wymogów, w związku z czym jest to dokument którego przestrzeganie jest obowiązkowe zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak

i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie znalazła podstaw do nakazywania zamawiającemu wzywania odwołującego do składania oświadczeń lub wyjaśnień w zakresie zgodności złożonych próbek z opisem przedmiotu zamówienia. W sytuacji, gdy złożone próbki są w sposób oczywisty niezgodne, ewentualne wyjaśnienia sprowadzałyby się wyłącznie do wyjaśnienia przyczyn tego zjawiska. W żadnym razie nie doprowadziłyby do tego, że próbki uzyskiwałyby parametry wskazane w s.i.w.z. Z kolei złożenie oświadczenia, iż próbki są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia stałoby w oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 wprowadza więc uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania, a nie jego obowiązek, i jest przejawem zasady ochrony autonomii zamawiającego. Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 kwota wiąże zamawiającego w sytuacji, gdy nie przekracza jej cena najkorzystniejszej oferty. Kwota, podana zgodnie z art. 86 ust. 3, nie wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający zabezpieczy wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania. Decyzja w tej kwestii należy do zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....