

Sygn. akt: KIO/UZP 1289/09

WYROK

z dnia 22 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października w Warszawie odwołania wniesionego przez **PHU Portal Sp. z o.o., ul. Strzelców Karpackich 6a/15, 80-041 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Gdyni , ul. Chrzanowskiego 10** protestu z dnia 13 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PHU Portal Sp. z o.o., ul. Strzelców Karpackich 6a/15, 80-041 Gdańsk,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PHU Portal Sp. z o.o., ul. Strzelców Karpackich 6a/15, 80-041 Gdańsk.**

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

Zamawiający – Urząd Morski w Gdyni, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę środków czystości na potrzeby Urzędu Morskiego w Gdyni*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2009 roku pod pozycją 99377.

Dnia 11 sierpnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wojciecha Wasylewicza prowadzącego działalność gospodarczą o nazwę PHU ARKAN z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej PHU ARKAN) oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „PORTAL” sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwanej dalej Protestującym lub Odwołującym).

Podstawą odrzucenia oferty Protestującego była stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze s.i.w.z., tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego nie załączył do oferty wymaganej karty charakterystyki dla produktu wskazanego w poz. 13 Zestawienia materiałowego, tj. DIX WC żel o pojemności 750 ml – płyn czyszczący - dezynfekujący (Wykonawca załączył kartę charakterystyki innego produktu – DIX żel do usuwania kamienia i rdzy o pojemności 500 ml).

Dnia 13 sierpnia 2009 roku Protestujący wniósł protest na czynność naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust.3 oraz naruszenie art. 7 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wniósł o powtórzenie oceny ofert w postępowaniu, w związku z niezasadnym odrzuceniem jego oferty.

Protestujący, w poz. 13 "Zestawienia materiałowego" (część składowa oferty) powołał się na rozwiązanie równoważne. Wskazał, iż oferuje w poz. 13 - Płyn DIX WC 750ml, jednocześnie potwierdzając spełnienie wszystkich wymaganych parametrów opisanego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do podważania treści złożonego oświadczenia woli. Natomiast Zamawiający w tej sytuacji powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia w określonym terminie oferty, o tym stanowi

art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Faktem jest, że Zamawiający nie wezwał protestującego do uzupełnienia brakujących dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego i w konsekwencji, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odrzucił ofertę Protestującego.

Celem, nie przedłużania czasu postępowania, na potwierdzenie wymagań Zamawiającego protestujący dołączył do protestu brakującą kartę charakterystyki na płyn DIX WC 750ml.

Protestujący wskazał swój interes prawny w ubieganiu się o zamówienie, w ten sposób, iż jego oferta jest najkorzystniejsza, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, cena oferty 100 %.

Zamawiający dnia 25 sierpnia 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający wzywa Wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego - wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty na potwierdzenie spełniania tych warunków Zamawiający określił w pkt 9 Instrukcji dla Wykonawców (I część SIWZ). Zgodnie z pkt 9.2 - 9.4 IDW w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców następujących dokumentów:

- a) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (dotyczy każdego z Wykonawców składających ofertę wspólną),
- b) oświadczenia, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do niniejszych IDW, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- c) próbek materiałów określonych w poz. od 33 do 36 Zestawienia materiałowego (część III SIWZ).

Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy mogło dotyczyć jedynie powyższych dokumentów, bowiem w tym trybie Zamawiający wzywa Wykonawców do

uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, których żądał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast odnośnie treści złożonej oferty (w tym innych dokumentów załączonych do oferty) Zamawiający mógł jedynie żądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Karty charakterystyk produktów, zgodnie z pkt 14 IDW, należało załączyć do oferty w przypadku oferowania produktów równoważnych. Nie były to jednak dokumenty, które można uzupełnić trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż nie były to dokumenty, których Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł wezwać Protestującego do uzupełnienia właściwej karty charakterystyki płynu DIX WC żel, gdyż obowiązujące przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości uzupełniania oferty w przypadku jej niezgodności z SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, nie potwierdził się także zarzut Protestującego naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (cena 100 %). Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy odrzucił ofertę Protestującego, która nie odpowiada treści SIWZ (Protestujący nie załączył do oferty właściwej karty charakterystyki oferowanego produktu równoważnego). Oferowany przez Protestującego, jako równoważny produkt DIX WC żel nie jest płynem antybakteryjnym, co potwierdza sam producent.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy, tj. przeprowadzenia postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, także nie znalazł potwierdzenia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 28 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3, - Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów,
- 3) naruszenie art. 7 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty,

- 3) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 4) wybranie oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ jego oferta ma najniższą cenę i jest niższa od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia, druk ZP-2 wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę 105 000,00 zł, co stanowi równowartość 27 082,10 euro. Tym samym, Izba stwierdziła, iż postępowanie niniejsze prowadzone jest „poniżej progów europejskich”, tj. wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a ustawy Pzp odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego, m.in. pkt 4) odrzucenia oferty.

W przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego została odrzucona, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co uprawnia go do wniesienia odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale 10 ust. 4 wskazał, iż *Na potwierdzenie, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy do oferty dołączyć próbki materiałów określonych w poz. Od 33 do 36 Zestawienia materiałowego (część III s.i.w.z.).* Dodatkowo w dziale 14 ust. 3 pkt 1 lit. g określił, iż *Kompletna oferta musi zawierać zdjęcia metek lub opakowań oraz karty charakterystyk oferowanych produktów równoważnych.* W Zestawieniu materiałowym środków czystości, na stronie ostatniej w uwagach, Zamawiający zastrzegł, iż *Przy dostawach Zamawiający wymaga kart charakterystyk produktów (dot. środków czystości z poz. 1-32).* W

przypadkach oferowania produktów równoważnych, do oferty należy dołączyć zdjęcia (etek lub opakowań proponowanych produktów) oraz karty ich charakterystyk (...).

Odwołujący, w ofercie w pozycji 13 Zestawienia materiałowego środków czystości zaferował produkt równoważny do wymagań Zamawiającego w postaci *plynu czyszczaco-dezynfekującego do mycia wc, bakteriobójczy, usuwający osad z muszli ustępowych i innych ceramicznych urządzeń sanitarnych DIX WC. Butelka w wygiętym dozownikiem ułatwiającym podanie płynu pod krawędź muszli klozetowej. Poj. 750 ml.*

Odnosnie oferowanego produktu, Odwołujący załączył jego zdjęcie wraz z kartą charakterystyki niebezpiecznego preparatu o numerze WC-1-GD-KR dla preparatu DIX żel do usuwania kamienia i rdzy.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - w zakresie nie załączenia karty charakterystyki dla produktu wskazanego w poz. 13 zestawienia materiałowego.

W powyższym zakresie, zdaniem Izby przesłanka odrzucenia oferty była kwestionowana przez Odwołującego prawidłowo. Zgodnie z przepisem art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty muszą potwierdzać spełnianie 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W powyższym zakresie, kwestię rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 ze zm.). § 3 ust. 1 w/w rozporządzenia precyzuje, iż *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności (...).* Powyższe wskazuje na okoliczność, iż charakter dokumentów, jakich może żądać Zamawiający ma charakter otwarty.

W świetle powyższych ustaleń Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Okoliczność tą potwierdził na rozprawie Zamawiający, precyzując jednakże, iż podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności kierował się informacjami własnymi, odnośnie oferowanego produktu, w stosunku do którego powziął wiadomość, stanowiącą podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jak stwierdził produkt oferowany nie jest produktem o właściwościach antybakteryjnych.

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego takiego uzasadnienia nie zawarł, co w kontekście posiadanych przez Odwołującego informacji o przesłankach odrzucenia oferty, stanowi o uznaniu zarzutu Odwołującego za potwierdzony.

Jednakże z uwagi na brzmienie przepisu art. 191 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odwołanie niniejsze oddaliła.

Treść powyższego przepisu stanowi, iż *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.*

W toku przeprowadzonej rozprawy, Izba stwierdziła, iż Odwołujący zaoferował produkt, który zgodnie z obowiązującymi przepisami nie może zostać spożytkowany przez Zamawiającego w sposób zgodny z jego przeznaczeniem. W składzie zaoferowanego przez Odwołującego produktu, do lipca 2009 roku znajdował się kwas mrówkowy. Żel w składzie z kwasem mrówkowym posiadał dodatkowo przymiotnik „antybakteryjny”, wskazujący na zakres działania produktu. Po zmianie receptury, usunięto przymiotnik „antybakteryjny”, gdyż zmienił się również zakres działania produktu.

Kwas mrówkowy (rodzaj produktu 18) decyzją Komisji Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2007 roku dotycząca niewłączenia do załączników I, IA lub IB do dyrektywy 98/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej wprowadzenia do obrotu produktów biobójczych, niektórych substancji, które mają zostać zbadane w ramach 10 letniego programu, o którym mowa z art. 16 ust. 2 tej dyrektywy (Dz. Urz. UE L 216/17), nie został włączony do załączników I, IA oraz IB do dyrektywy 98/8/WE. Zatem kwas mrówkowy rodzaj 18 nie może być wprowadzony do obrotu od 22 sierpnia 2008 roku, a kwas mrówkowy rodzaj 1 i 13 od 25 października 2009 roku.

Jak wynika z Komunikatu Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 9 czerwca 2009 roku w sprawie wprowadzania do obrotu produktów biobójczych, w którym powołano się na komunikat Dyrektoriatu Generalnego Ochrony Środowiska Komisji Europejskiej z dnia 21 czerwca 2005 roku, produkty biobójcze, zawierające substancje czynne, co do których Komisja Europejska

podjęła decyzję o niewłączaniu do załącznika I lub IA do dyrektywy 98/8/WE, nie mogą pozostawać w obrocie i stosowaniu po upływie 12 miesięcy od wejścia w życie. Tymczasem termin realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określony został na 30 listopada 2009 roku.

Tym samym Odwołujący nie jest w stanie oferować produkt, który umożliwiłby jego stosowanie po dniu 25 października 2009 roku, co stanowi przesłankę negatywną do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....