

Sygn. akt KIO/UZP 530/09

WYROK
z dnia 8 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rafała Gielnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Pracy Chronionej „Milena Plus” Rafał Gielnik, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski, ul. Cmentarna 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna, 01-613 Warszawa, ul. Bohomolca 21** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Rafała Gielnika Zakład Pracy Chronionej „Milena Plus” Rafał Gielnik, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski, ul. Cmentarna 6 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rafała Gielnika Zakład Pracy Chronionej „Milena Plus” Rafał Gielnik, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski, ul. Cmentarna 6**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rafała Gielnika Zakład Pracy Chronionej „Milena Plus” Rafał Gielnik, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski, ul. Cmentarna 6**

Uzasadnienie

W dniu 6 kwietnia 2009 roku wykonawca Rafał Gielnik, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Milena Plus – Rafał Gielnik”, 62-025 Kostrzyń, ul. Cmentarna 6, zwany dalej odwołującym się, wniósł protest na czynności zamawiającego podjęte w toku prowadzonego postępowania, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego się oraz na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także bez poszanowania obowiązku nałożonego na zamawiającego przepisami art. 26 ust. 3 i nadużycia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wybrana oferta nie jest w ocenie odwołującego się ofertą najkorzystniejszą, przez co zamawiający uchybił przepisom art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego odwołujący się wniósł o:

- uznanie za nieważną czynność odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się,
- uznanie za nieważną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty złożonej przez P.H. „ARES” J. Oporek, T. Oporek, W. Kwiecień s.j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- powtórzenie czynności oceny ofert oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż złożył ofertę na dostawę przedmiotów opisanych w części I zamówienia. Wraz z ofertą złożone zostały wszystkie dokumenty, jakich zamawiający żądał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Były to między innymi Formularz techniczny z informacjami o poszczególnych asortymentach oferowanych przedmiotów oraz deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami oceny typu WE.

Dla kurtki uniwersalnej (poz. 9 opisu przedmiotu zamówienia) do oferty została załączona kopia deklaracji zgodności CE, wystawiona przez P.P.U. H "QUALITEX" Krzysztof Berczyński z siedzibą 60-201 Poznań, ul. Górecka 31. Dokument ten odwołujący się uzyskał oficjalną drogą wobec czego został on dołączony do oferty w pełnym przekonaniu o jego autentyczności i wiarygodności. Pismem z dnia 20 marca 2009 r. Zamawiający powiadomił odwołującego się, że z uwagi na nieczytelny podpis widniejący na Deklaracji zgodności, skierował zapytanie do P.P.U. H "QUALITEX" i uzyskał informację, że załączona do oferty odwołującego się Deklaracja zgodności CE podpisana została przez osobę nieuprawnioną

oraz że dokument ten został wystawiony w celu innym niż złożenie do oferty przetargowej. Zamawiający uznał więc, że dokument ten nie potwierdza spełniania przez oferowaną kurtkę wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego wezwał odwołującego się do jego uzupełnienia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko zarówno zamawiającego jak również postawa zwrotna, zaprezentowana przez P.P.U.H "QUALITEX" w ocenie odwołującego się, nie miały żadnego racjonalnego uzasadnienia. Postawione wobec odwołującego się żądanie odwołujący się postrzega jako próbę zdyskredytowania złożonej przez niego oferty. Wobec powyższego odwołujący się w dniu 25 marca 2009 roku dostarczył kopię deklaracji zgodności CE dla wyrobu „Kurtka Uniwersalna GORE-TEX” wystawiona przez producenta, którym jest „MOUNT” Sp. z o.o. w Świątchłowicach. Wraz z deklaracją odwołujący się dostarczył Formularz techniczny (zał. Nr 4 do siwz) uzupełniony o dane wskazanej powyżej firmy.

W dniu 27 marca 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P.H. „ARES” J. Oporek, T. Oporek, W. Kwiecień s.j., ul. Składowa 2, 30-010 Kraków. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego się zamawiający wskazał, że:

- wbrew wymaganiom określonym w siwz, załączony do oferty Formularz techniczny nie zawiera opisu cech asortymentu potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego opisanych w zał. Nr 1 do siwz,
- w ramach uzupełniania dokumentów wykonawca zaoferował nowy model kurtki pochodzący od innego producenta,
- oferta jest niezgodna z treścią siwz,
- oferta nie zawiera deklaracji zgodności CE,
- złożony w ramach uzupełnienia dokumentów „nowy formularz oferty technicznej wraz z dołączoną do niego Deklaracją zgodności CE” stanowią niedozwoloną zmianę treści oferty.

W ocenie odwołującego się nie jest prawdą, że uzupełniając dokumenty dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty, co jak się wydaje jest zarzutem sformułowanym przez zamawiającego w wyniku złego rozumienia pojęcia "oferta" . W tym zakresie odwołujący się posłużył się opinią w tej sprawie, zawartą w wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 09 maja 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 400/08. W ocenie Izby, treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, obejmująca jej istotne postanowienia w rozumieniu art. 66 k. c. Jednolicie i bezspornie rozróżniane jest przez doktrynę i orzecznictwo pojęcie oferty złożonej w postępowaniu od warunków udziału w postępowaniu.

Opisując sposób przygotowania ofert (rozdział XIII siwz) zamawiający wyraźnie odgraniczył ofertę od dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. Oto bowiem w pkt. 4 tego rozdziału zapisano, że "ofertę należy złożyć na formularzu ofertowym zgodnym z Załącznikiem nr 2 do SIWZ wraz z formularzem cenowym zgodnym z załącznikiem nr 3 do siwz". W punktach 6 i 7 natomiast wymieniono dokumenty, jakie należy dołączyć do oferty, wskazując na Formularz techniczny będący w opinii zamawiającego opisem oferowanego asortymentu, a także na dokumenty wymienione w zał. Nr 1 do siwz. Z zapisów tych wynika, że ofertę stanowią formularz ofertowy z formularzem cenowym. Odwołujący się podnosi więc, że argument zamawiającego, jakoby treść oferty odwołującego się nie odpowiadała treści siwz, nie można uznać za zasadny, gdyż wobec żadnego z wymienionych formularzy zamawiający nie sformułował jakichkolwiek zarzutów.

Odwołujący się podniósł, że zarówno Formularz techniczny sporządzony wg załącznika nr 4, jak również Deklaracja zgodności CE, bezspornie są dokumentami, których zgodnie z przepisami § 3 ust. 1 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów 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 zmianami), zamawiający zażądał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Dokumenty te są więc także dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez co podlegają uzupełnieniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli więc wykonawca dołączy do oferty np. dokument, który nie będzie potwierdzał spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, to obowiązkiem Zamawiającego jest wezwać Wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu. W ramach tego uzupełnienia wykonawca ma prawo dostarczyć zamawiającemu dokument zupełnie inny, niż został złożony pierwotnie do oferty.

Odwołujący się powołał się na treść wyroków Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO/UZP 400/08, KIO/UZP 531/08, KIO/UZP 58/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 roku sygn. Xga 223/07.

Zdanie odwołującego się zamawiający winien był wezwać odwołującego się do uzupełnienia zarówno deklaracji zgodności, jak również Formularza technicznego, jeśli uznano te dokumenty za wadliwe oraz że w odpowiedzi na tego typu wezwanie odwołujący uprawniony był do przedłożenia dokumentów innych niż zostały złożone wraz z ofertą, byleby potwierdzały one spełnienie określonego warunku.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający postawił zarzut, że wbrew wymaganiom określonym w siwz, załączony do oferty Formularz techniczny nie zawiera opisu cech

asortymentu potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego opisanych w załączniku nr I do SIWZ.

Odwołujący się dowodzi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w swojej treści nie zawiera absolutnie żadnych wymagań, co do informacji, jakie wykonawca powinien wpisać do kolumny 5 Formularza technicznego, która została w nagłówku tabeli nazwana następującym określeniem: "Opis cech asortymentu (potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego)". Skoro więc Zamawiający nie określił jakie informacje w tym zakresie mają podać wykonawcy, to nie ma podstaw by czynić zarzut braku potwierdzenia wymagań opisanych w załączniku nr 1. Do złożonej przez odwołującego się oferty załączony został Formularz techniczny, w którym w kolumnie 5 podano rodzaj i nr norm odnoszących się do poszczególnych wyrobów oraz materiałów stosowanych do ich wyprodukowania.

Niezależnie od tego podpisując Formularz ofertowy odwołujący się potwierdził, że "składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją" (pkt. 1 - Formularza oferty) oraz, że w przypadku wyboru jego oferty odwołujący się przyjmie do realizacji dostawę asortymentu szczegółowo określonego w Załączniku nr 1 do Umowy" (§ 2 -wzoru Umowy w związku z pkt. 9 -Formularza Oferty).

W nagłówku kolumny 5 tabeli Formularza technicznego nie podano, że należy potwierdzić cechy asortymentu opisane w załączniku nr 1 do SIWZ. Formułowanie więc zarzutu w tym zakresie jest nieuczciwe. W załączniku nr 1 kolumna 3 tabeli została nazwana "Normy, certyfikaty, opis ", co nie jest jednoznaczne z nazwą kolumny 5 tabeli załącznika nr 4.

Odwołujący się stwierdza, że z zarzutu sformułowanego w tym zakresie przez zamawiającego wynika, że wykonawca miał się domyśleć, o jaki opis cech asortymentu chodzi zamawiającemu, a na tego typu niedookreślenia i domysły nie ma przyzwolenia w przepisach regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Niemniej jednak, jeżeli zamawiający uznał, że z oferty odwołującego się nie wynika, że oferuje on wykonanie dostawy poszczególnych asortymentów zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, to obowiązkiem było po pierwsze, wezwać do uzupełnienia wadliwego zdaniem zamawiającego Formularza technicznego, a po wtóre wezwać do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, do czego obliuguje art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na tym, iż wobec oferty odwołującego się sformułowany został zarzut dotyczący braku w formularzu technicznym opisu cech asortymentu potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, natomiast podobna wada nie została wytknięta wykonawcy P.H. ARES, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą. Analiza oferty P.H. „ARES” prowadzi do wniosku, że w załączonym do niej Formularzu technicznym – załącznik nr 4 –

wykonawca ten w kolumnie 4 tabeli w odniesieniu do pozycji asortymentowych nr 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11 i 12 części 1 zamówienia oraz do pozycji asortymentowych nr 1, 3, 6 i 7 części 3 zamówienia, wbrew wymaganiom zamawiającego (wyraźnie określonym w nagłówku kolumny 4 – „Nazwa producenta, model, nazwa asortymentu”) nie podał ani nazw, ani też modeli oferowanych asortymentów. W ocenie odwołującego się zamawiający winien stosować przy ocenie ofert równe reguły, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Ponadto odwołujący się stwierdził, iż oferta P.H. „ARES” nie potwierdza spełnienia przez zaproponowane produkty wymagań zamawiającego określonych w siwz, oferta nie zawiera wymaganego tłumaczenia na język polski przedstawionych dokumentów

Ponadto w odniesieniu do pozycji nr 8 (kombinezon ochronny z Nomex-u) ARES dołączył do oferty dokumenty dotyczące dwóch różnych modeli. Uniemożliwia to jednoznaczną identyfikację, które dokumenty dotyczą zaproponowanego w ofercie kombinezonu.

Odwołujący się podniósł także, że zamawiający wymagał w odniesieniu do pozycji asortymentowych nr 10 – czapka zimowa spec. I nr 11 – czapka letnia spec. Certyfikatu na wyrób potwierdzającego zgodność z powołanymi normami (kopię odpowiedniego dokumentu należało dołączyć do oferty) i stanowisko to podtrzymał w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 23 lutego 2009 roku (sygn. pisma OGP/PW-WZ/894,2009). W ofercie P.H. „ARES” brak jest wymaganych certyfikatów, lecz jest jedynie deklaracja zgodności wystawiona jak dla środka ochrony indywidualnej kategorii I. Dokument ten nie może zatem czynić zadość wymaganiom zamawiającego, gdyż certyfikat nie jest tym samym (równoważnym) dokumentem, co deklaracja, zwłaszcza w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy dołączyli do oferty certyfikaty zgodności wystawione przez akredytowany instytut.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2009 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że:

- 1) uwzględnił protest w części dotyczącej czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowe „ARES” J. Oporek, T. Oporek, W. Kwiecień – Spółka jawna z siedzibą w Krakowie
- 2) odrzucił protest w części dotyczącej czynności oceny oferty ARES złożonej dla części 3 przedmiotowego zamówienia,
- 3) oddalił protest w pozostałej części.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 6 rozdziału XIII SIWZ na ofertę miał się składać m.in. formularz techniczny zawierający opis oferowanego asortymentu. Do rzeczonożego formularza wykonawcy zobowiązani byli dołączyć wszystkie dokumenty, o

których mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ, tj. dokumenty potwierdzające, iż zaoferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (deklaracje zgodności, certyfikaty, próbki, itd.).

Zgodnie natomiast z pozycją nr 9 opisu przedmiotu zamówienia (Załączniki nr I do SIWZ, Część nr 1), Zamawiający wymagał, aby wykonawca składający ofertę zaoferował m.in. kurtkę uniwersalną. Równocześnie, Wykonawca zobowiązany był do dołączenia do oferty deklaracji zgodności CE dotyczącej ww. kurtki.

Odwołujący się przedstawił formularz techniczny zgodny ze wzorem przygotowanym przez zamawiającego (strony 8-12 Oferty).

Jak wynika z rzezonego formularza, dla Części nr 1 zamówienia pozycja nr 9, odwołujący się zaproponował w swojej ofercie kurtkę uniwersalną z Goretex-u firmy P.P.U.H. QUALITEX z Nowego Tomyśla, model Kurtka Uniwersalna GORE-TEX. Do oferty dołączył również deklarację zgodności CE (strona 36 Oferty) potwierdzającą zgodność zaoferowanej kurtki z wymaganiami zawartymi w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2008r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej, wdrażającego dyrektywę Rady Wspólnot Europejskich Nr 89/686/EWG.

Rzezony dokument został podstemplowany pieczęcią firmy P.P.U.H. "QUALITEX" Krzysztof Berczyński i podpisany w sposób nieczytelny. Podpis nie pozwalał na zidentyfikowanie osoby podpisującej.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wystąpił do P.P.U.H. "QUALITEX" z prośbą o potwierdzenie dołączonej do oferty odwołującego się ww. deklaracji zgodności CE.

Jak wynika z oświadczenia firmy P.P.U.H. „QUALITEX” z dnia 13 marca 2009 r. podpisanego przez Pana Krzysztofa Berczyńskiego, odwołujący się nie jest upoważniony do reprezentowania firmy P.P.U.H. „QUALITEX”, a tym samym do wystawiania w jego imieniu deklaracji zgodności CE.

Dodatkowo, P.P.U.H. „QUALITEX” oświadczył, iż przedstawiona przez odwołującego się deklaracja zgodności CE została podpisana przez osobę nieupoważnioną do takich czynności w imieniu firmy P.P.U.H. „QUALITEX”, jak również została wystawiona w innym celu niż przedłożenie w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie zamawiającego oznaczało to, iż dołączona do oferty deklaracja zgodności CE została wystawiona przez podmiot nieuprawniony i nie mogła zostać uznana za potwierdzającą wymagania zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał odwołującego się do uzupełnienia deklaracji zgodności CE dla zaproponowanej w ofercie kurtki uniwersalnej.

W odpowiedzi odwołujący się przedstawił wyjaśnienia, w których oświadczył, iż deklarację zgodności uzyskał drogą oficjalną i nie ma podstaw, aby twierdzić iż została podpisana przez podmiot nieuprawniony.

Nie przedstawił jednak dowodów wskazujących, iż dołączona do oferty deklaracja zgodności dla kurtki uniwersalnej GORE-TEX została podpisana przez producenta tejże kurtki, a tym samym może zostać uznana za potwierdzającą wymagania zamawiającego. W ocenie zamawiającego powyższe oznacza, iż zamawiający nie mógł uznać, iż do oferty został dołączony dokument potwierdzający spełnienie, przez zaproponowaną w ofercie kurtkę uniwersalną, wymagań zamawiającego. Równocześnie odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty przedstawił nowy formularz techniczny, w którym zaproponował nową kurtkę uniwersalną, tj. kurtkę uniwersalną z Goretex-u firmy MOUNT Sp. z o.o. ze Świętochłowic, model Kurtka Uniwersalna GORE-TEX. Powyższe zdaniem Zamawiającego jest próbą dokonania zmiany treści oferty, którą uznać należy za niedopuszczalną. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem postępowań prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego oraz poprawiania omyłek zdefiniowanych w art. 87 ust. 2 ustawy.

Równocześnie podkreślić należy, iż formularz techniczny stanowił treść oferty, a nie jak mylnie interpretuje odwołujący się dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego.

Jak wynika ze wzoru formularza technicznego, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawca opisał w nim asortyment jaki został zaproponowany w ofercie. Natomiast dodatkowo, w celu potwierdzenia spełniania swoich wymagań, zażądał dołączenia do oferty dokumentów takich jak deklaracje zgodności, certyfikaty czy też próbki.

Zamawiający podniósł, iż rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określa zamknięty katalog dokumentów, który nie zawiera formularza technicznego wymaganego przez Zamawiającego. Oznacza to, iż w odniesieniu do formularza technicznego wymaganego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie mają zastosowania przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż formularz techniczny, stanowiący Załącznik nr 4 do SIWZ, w kolumnie 5 zawierał opis wymagań zamawiającego odnośnie treści oferty, tj. wymaganie aby wykonawca podał opis cech asortymentu potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego.

Odwołujący się przedstawił w ofercie formularz techniczny zgodny ze wzorem przygotowanym przez zamawiającego, jednakże wskazał w nim jedynie odpowiednio do każdej pozycji asortymentowej:

- nazwę producenta i model,
- odniesienie do norm/przepisów, jakie spełnia dana pozycja asortymentowa,
- wskazanie jakie dokumenty "posiada" dana pozycja asortymentowa.

Powyższe informacje nie mogą być jednak uznane za opis asortymentu wskazujący na spełnienie wymagań zamawiającego. W formularzu technicznym wykonawcy brakuje więc opisu cech asortymentu potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego opisanych w Załączniku nr 1 do siwz. Rzeczone informacje nie zostały również zawarte w żadnej innej części siwz. Jeżeli natomiast odwołujący się miał wątpliwości dotyczące sposobu wypełnienia rzeczonego formularza, mógł zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ. Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznać należy za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu złożenia wadliwej oferty przez P.H. „ARES” dotyczącej części 3 zamówienia, zamawiający odrzucił protest w tym zakresie na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący się złożył bowiem ofertę jedynie dla części nr 1 zamówienia. Wobec powyższego nie ma on interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia dotyczącego części 3 i nie jest tym samym uprawniony do składania środków odwoławczych w tym zakresie.

Zamawiający uznał natomiast za zasadny protest odwołującego się dotyczący złożenia przez wykonawcę P.H. „ARES” oferty niezgodnej z siwz stwierdzając, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwie wykonawcę P.H. „ARES” do uzupełnienia lub/i wyjaśnienia treści oferty, a następnie dokona ponownej oceny ofert.

Zamawiający nie stwierdził jednakże zasadności zarzutu dotyczącego oferty P.H. „ARES” w zakresie niezgodności formularza technicznego zawartego w ofercie z siwz. Zgodnie bowiem z pkt. 12 Rozdziału XIII siwz zamawiający wymagał, by oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników do siwz, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści.

P.H. „ARES” w przypadku asortymentu własnej produkcji wskazał w formularzu technicznym w kolumnie „nazwa producenta, model, nazwa asortymentu” jedynie „Producent

ARES". Jednakże w innych kolumnach zawarł modele i nazwy zaproponowanego asortymentu.

W dniu 24 kwietnia 2009 roku (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) odwołujący się złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu odwołujący się podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski dotyczące odrzucenia jego oferty. Odnośnie oferty złożonej przez P.H. „ARES” odwołujący się stwierdził, iż zamawiający bezpodstawnie nie uznał zarzutu dotyczącego Formularza Technicznego załączonego do oferty tegoż wykonawcy. W ocenie odwołującego się wykonawca P.H. „ARES”, wbrew wymaganiom zamawiającego, nie podał nazw, modeli lub typów asortymentów oferowanych przedmiotów odzieży. Zdaniem zamawiającego informacje te są zawarte w tabeli Formularza, w innych jej kolumnach. Odwołujący się stwierdza, iż nie jest to prawdą, albowiem dla pozycji takich jak: nr 1 – koszula robocza z Nomex-u, nr 9 – kombinezon ochronny z Nomex-u, nr 12 – kominiarka z Nomex-u, a nawet nr 10 i nr 11 – czapki zimowa i letnia z Nomex-u, w żadnej z kolumn formularza technicznego nie został wskazany konkretny model bądź nazwa oferowanego asortymentu. Jest to więc niezgodność z wymaganiami zamawiającego o ciężarze porównywalnym do zarzutów skierowanych pod adresem oferty odwołującego się, z tym tylko, że oferty wykonawcy P.H. „ARES” nie odrzucono. Zamawiający twierdzi, że wezwie wykonawcę P.H. „ARES” do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący się poddaje wątpliwość działania zamawiającego, który w przypadku jego oferty nie dopuszcza możliwości uzupełnienia oferty o Formularz Techniczny, natomiast w przypadku oferty P.H. „ARES” uważa to za możliwe.

W ocenie odwołującego się zamawiający bezprawnie toleruje fakt, że informacje zawarte w Formularzu Technicznym załączonym do wybranej oferty, w odniesieniu do pozycji nr 9 – Kombinezon ochronny z Nomex-u, dotyczą w odniesieniu nr 9, pozycji – kombinezon ochronny z Nomex-u, dotyczą dwóch różnych modeli kombinezonów oferowanych przez wykonawcę P.H. „ARES” i z żadnych innych dokumentów dołączonych do oferty nie wynika, który model wykonawca oferuje zamawiającemu.

Ponadto odwołujący się podnosi, że z dokumentów zawartych w ofercie wykonawcy P.H. „ARES”, a także z wyjaśnienia, które wykonawca ten dostarczył drogą elektroniczną w dniu 10 kwietnia 2009 roku, wynika, że dla pozycji asortymentowych nr 10 i nr 11 – czapki zimowa i letnia z Nomex-u, wykonawca ten wystawił deklaracje zgodności dla środka ochrony indywidualnej kategorii I oraz że wymaganego w siwz certyfikatu zgodności na ten wyrób nie posiada. Z tego też powodu nie załączył tego dokumentu do złożonej oferty. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z treścią siwz certyfikat ten był wymagany przez zamawiającego i pozostali uczestnicy postępowania wymóg ten spełnili. Zamawiający

bezwładnie toleruje ten stan rzeczy, skupiając swoją uwagę jedynie na tych ofertach, które odrzucił.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego się oraz wykonawcy P.H. „ARES” J. Oporek, T. Oporek, W. Kwiecień spółka jawna, ul. Składowa 2, 30-010 Kraków, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W rozdziale XII Pkt 6 siwz zamawiający wymagał, by do oferty dołączyć opis oferowanego asortymentu zgodny z załącznikiem nr 4 do siwz. Z załącznika nr 4 natomiast wynika, że wykonawcy winni byli wskazać opis cech asortymentu, potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego.

Z załącznika nr 1 do siwz wynika, że zamawiający poza wymogiem zgodności z odpowiednimi normami, wymagał, aby poszczególne pozycje asortymentu w części nr 1 charakteryzowały się specyficznymi właściwościami.

Odwołujący się dołączył do oferty formularz techniczny, zgodny z załącznikiem nr 4 do siwz. Wskazał w nim odpowiednio do każdej pozycji asortymentowej:

- nazwę producenta i model,
- odniesienie do wymagań dotyczących norm/przepisów danej pozycji asortymentowej,
- wskazanie dokumentów dla danej pozycji asortymentowej.

W Formularzu Technicznym odwołującego się brakuje opisu cech asortymentu potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego opisanych w załączniku nr 1 do siwz. Informacje te nie zostały zawarte w żadnej innej części oferty.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że sporny Formularz Techniczny jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym nie jest możliwe zastosowanie w stosunku do niego procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zgodzić się z odwołującym się w tym zakresie, że katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie warunków i wymagań wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest katalogiem zamkniętym, w szczególności nie jest determinowany treścią rozporządzenia, o którym mowa w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże brak jest podstaw do przyjęcia, że przedmiotowy Formularz Techniczny może być kwalifikowany jako oświadczenie lub dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub wymagań określonych przez zamawiającego. O tym, czym w istocie jest Formularz Techniczny, przesądza bowiem jego treść, a ta z kolei wskazuje na to, iż dokument ten stanowi część oferty.

Stosownie do przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Oznacza to, iż oferta powinna określać istotne postanowienia proponowanej umowy. Pod tym pojęciem należy rozumieć przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*), a więc te postanowienia, które decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów. Bez ich określenia dana umowa nie może dojść do skutku.

W ocenie Izby informacje, które wykonawca obowiązany był zawrzeć w Formularzu Technicznym, tj. nazwy producenta, modele, nazwy asortymentu i jego cechy, określają przedmiot umowy, czyli są bez wątpienia jej istotnymi elementami. Przyjmując, jak to błędnie podkreśla odwołujący się, że ofertą jest wyłącznie formularz ofertowy z formularzem cenowym, zaistniałaby sytuacja, że złożone oferty nie byłyby w istocie ofertami, ponieważ nie zawierałyby *essentialia negotii* umowy. Nie ma przy tym znaczenia, iż w siwz zamawiający stwierdził, iż ofertę należy złożyć na Formularzu Ofertowym wraz z Formularzem cenowym (Rozdział XIII ust. 4) oraz że do oferty należy dołączyć opis oferowanego asortymentu zgodny z załącznikiem nr 4 do siwz (Formularz Techniczny – Rozdział XIII ust. 6). Wszystkie wskazane formularze składają się bowiem na ofertę i tylko w ten sposób winny być traktowane.

Wobec powyższego zasadnym jest stwierdzenie, iż wzmiankowany Formularz techniczny nie jest dokumentem, do którego zamawiający obowiązany jest wezwać na podstawie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko odwołującego się w tym zakresie należy uznać za wadliwe.

Odwołujący się dla jednego z proponowanych przez siebie produktów, wskazanych w pozycji nr 9 (kurtka uniwersalna) dołączył deklarację zgodności CE, potwierdzającą zgodność zaoferowanej kurtki z wymaganiami zawartymi w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej, wdrażającego dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich Nr 89/686/EWG. Przedmiotowy dokument został podstemplowany pieczętą firmy P.P.U.H. „QUALITEX” Krzysztof Berczyński i podpisany w sposób nieczytelny. Wobec powzięcia wątpliwości co do treści dokumentu zamawiający wystąpił do P.P.U.H. „QUALITEX” z prośbą o potwierdzenie dołączonej do oferty wykonawcy ww. deklaracji zgodności CE.

W związku z tym, że wystawca dokumentu stwierdził, iż przedmiotowa deklaracja zgodności CE została podpisana przez osobę nieupoważnioną do takich czynności w imieniu P.P.U.H. „QUALITEX”, jak również została wystawiona dla celów innych niż przedłożenie w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający wezwał odwołującego się do uzupełnienia wskazanego dokumentu, potwierdzającego spełnienie przez zaproponowaną kurtkę wymagań zamawiającego.

W odpowiedzi odwołujący się złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, iż dołączona do oferty deklaracja zgodności CE została uzyskana przez odwołującego się drogą oficjalną i jest dokumentem autentycznym. Równocześnie wykonawca przedstawił nowy formularz techniczny, w którym zaoferował nowy model kurtki pochodzący od innego producenta, tj. MOUNT Sp. z o.o. ze Świętochłowic. Do ww. formularza odwołujący się dołączył nową deklarację CE.

Zamawiający uznał, że oferta odwołującego się jest niezgodna z treścią siwz, tj. nie zawiera deklaracji zgodności CE kurtki uniwersalnej zaproponowanej przez odwołującego się, natomiast złożony w ramach uzupełnienia nowy formularz oferty technicznej wraz z dołączoną do niego deklaracją zgodności CE nie może być rozpatrywany, ponieważ jest niedozwoloną zmianą treści oferty.

Odwołujący się nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego stwierdzając, iż jego oferta nadal dotyczy wyrobu zamawianego przez zamawiającego, z tym tylko, że wyprodukuje go inny producent. Oferowana przez odwołującego się kurtka nie została opisana jakimikolwiek cechami, które mogłyby wiązać ją z konkretnym producentem. Zamawiający również nie zastosował tego typu opisu, który mógłby wskazywać na konkretny wyrób. W ocenie odwołującego się, jeżeli przedmiot zamówienia zostanie wykonany z zachowaniem wymagań i parametrów określonych przez zamawiającego, to bez znaczenia pozostaje, przez kogo zostanie on wyprodukowany. Deklaracja zgodności potwierdza, że

wyrób spełnia wymagania określonych norm i innych przepisów, wobec czego nie można traktować jej jako wizytówki przesądzającej o typie, rodzaju czy też modelu oferowanego wyrobu.

Ze stanowiskiem odwołującego się nie sposób się zgodzić. Co prawda, zamawiający nie narzucił wykonawcom obowiązku zaoferowania przez nich produktów konkretnych producentów, pozostawiając wykonawcom swobodny ich wybór, niemniej jednak odwołujący się wskazał wyraźnie i w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowana przez niego kurtka to kurtka uniwersalna GORE-TEX wyprodukowana przez P.P.U.H. QUALITEX. Informacja ta zawarta jest nie tylko w załączonej deklaracji zgodności CE, ale przede wszystkim w dołączonym do oferty odwołującego się formularzu technicznym w poz. 9 kolumnie czwartej tabeli.

W tej sytuacji przyjąć należy, iż pierwotnie wskazana kurtka jest produktem zaoferowanym przez odwołującego się, stanowi element przedmiotowo istotny umowy i jako taki wiąże odwołującego się. Nie mógł przeto odwołujący się uzupełnić oferty o deklarację zgodności CE wystawionej dla innego produktu, albowiem stanowiłoby to niedozwoloną zmianę treści oferty i pozostawałoby w sprzeczności z przepisem art. 87 ust. 1 zd. 2 *in finito* ustawy Pzp.

W ocenie Izby niezasadnym jest zarzut odwołującego się dotyczący treści Formularza Technicznego załączonego do oferty wykonawcy P.H. „ARES”. Jak bowiem wskazał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z rozdziałem XIII ust. 12 siwz oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników do siwz, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści.

Analiza treści Formularza Technicznego wchodzącego w skład oferty P.H. „ARES” pozwala na wniosek, że wykonawca ten zawarł w formularzu, w różnych jego miejscach, wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy. W szczególności oferowane produkty są opisane szczegółowo i w sposób nie budzący wątpliwości i pozwalający na ich identyfikację i rozróżnienie spośród asortymentu danego wykonawcy.

Izba nie uwzględniła zarzutów odwołującego się odnoszących się do oferty P.H. „ARES”, iż z oferty nie wynika jasno, który z dwóch różnych modeli kombinezonów oferuje ten wykonawca oraz że zaoferowane pod pozycjami czapki zimowa i letnia z Nomex-u nie posiadają stosownych certyfikatów zgodności. Zarzuty te były bowiem przedmiotem rozpoznawania przez zamawiającego na etapie rozstrzygania protestu i zostały przez zamawiającego uznane za zasadne. Zamawiający uwzględnił protest w tej części i unieważnił czynność oferty najkorzystniejszej oraz poinformował o wezwaniu wykonawcy

P.H. „ARES” do uzupełnienia i wyjaśnienia treści oferty w przedmiotowej kwestii. W tej sytuacji powtórzenie i podtrzymywanie w tym zakresie zarzutów przez odwołującego się w odwołaniu należy uznać za bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....