

WYROK
z dnia 2 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **E. G. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EDAM E. G., ul. Cicha 8c, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gorzów Wielkopolski - Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 2 produkty mleczarskie,

1.2. powtórzenie czynności badania oferty wykonawcy: D. . „KARYS” z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w zakresie zgodności Śmietany 18%, opakowanie 5 l, producent JAGR - ofertowanej w Lp. 7 formularza oznaczonego w ofercie: „Zadanie nr 2: Artykuły żywnościowe – produkty mleczarskie”, z wymaganiami Zamawiającego: „Część 2 – Dostawa produktów mleczarskich”, Lp. 7 Śmietana 18%, opakowanie 5 l (załącznik nr 2 do SIWZ), ze skutkiem – w przypadku nie potwierdzenia zgodności – odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

1.3. wykonanie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Gorzów Wielkopolski - Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski, 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: E. G. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EDAM E. G., ul. Cicha 8c, 66-400 Gorzów Wielkopolski tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Miasto Gorzów Wielkopolski - Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski na rzecz wykonawcy: E. G. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EDAM E. G., ul. Cicha 8c, 66-400 Gorzów Wielkopolski kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski - Dom Pomocy Społecznej nr 1 im. Marie Juchacz w Gorzowie Wielkopolskim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz z dostawą artykułów żywnościowych do Domu Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz w Gorzowie Wlkp.”, numer referencyjny: SOZP.261.1.2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 624207-N-2019 z dnia 2019-11-19 r.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – E. G. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EDAM E. G. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających w szczególności na wyborze w ramach zadania nr 2 w ramach ww. postępowania, oferty wykonawcy D. K. „KARYS”, ul. Małorolnych 34, 66-400 Gorzów Wlkp., pomimo że ww. oferta jako niezgodna z SIWZ winna być odrzucona, co skutkowało także naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

I. Zarzuty

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 2c.

II. Żądania

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący, wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy D. K. „KARYS”;
- dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy D. K. „KARYS”.

III. Wnioski dowodowe

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonego dokumentu, tj. specyfikacji wyrobu SW-11 Ukwaszone emulsje tłuszczowe - na okoliczności w jej treści zawarte, w szczególności celem wykazania faktów, że oferowany przez wykonawcę D. K. „KARYS” produkt nie stanowił produktu równoważnego, a tym samym nie spełniał wymogów określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ, w konsekwencji czego oferta wykonawcy

D. K. „KARYS”, winna ulec odrzuceniu, stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

IV. Wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących wpis od odwołania.

Interes *prawny* Odwołującego

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z brzmieniem art 179 ust. 1, albowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców będących uczestnikiem postępowania, zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Dokonanie wyboru oferty przez Zamawiającego wbrew przepisom Pzp i z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji spowodowało wymierną szkodę po stronie Odwołującego, albowiem gdyby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami Pzp, to właśnie oferta Odwołującego zostałaby wybrana, a on uzyskałby zamówienie.

Uzasadnienie odwołania.

W dniu 09.12.2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszych ofert. W ramach zadania nr 2, objętego postępowaniem została wybrana oferta wykonawcy D. K. „KARYS”, pomimo że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w ramach ww. zadania przedmiot zamówienia stanowiły produkty mleczarskie. Szczegółową specyfikację produktów mleczarskich, objętych zamówieniem zawierał załącznik nr 2 do SIWZ, który pod pozycją nr 7 wskazywał, że jednym z produktów jest śmietana 18% (opakowanie 5 l). Śmietana jest produktem mlecznym, pochodzenia zwierzęcego. Śmietana stanowi spożywczy produkt nabiałowy, otrzymywany ze słodkiej śmietany (tzw. śmietanki), która pochodzi z warstwy górnej odwirowanego mleka pełnego. W składzie śmietany nie mogą znajdować się składniki ani dodatki roślinne, co dotyczy także tłuszczu znajdującego się w śmietanie, który może mieć wyłącznie pochodzenie zwierzęce.

Produkt zaoferowany przez wykonawcę D. K. „KARYS” aż w 99% składa się ze składników innych niż śmietanka, której zawartość w produkcie stanowi zaledwie 1%. Bazą ww. produktu jest maślanka, czyli wytwór powstały wskutek oddzielenia się tłuszczu od zmaślanej śmietany. Nadto, produkt zaoferowany przez wykonawcę D. K. „KARYS” zawiera w swoim składzie 18% tłuszczu palmowego, stanowiącego składnik roślinny.

Po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący poinformował o powyższych nieprawidłowościach Zamawiającego, który nie uznał zastrzeżeń Odwołującego wskazując, że produkt oferowany przez wykonawcę D. K. „KARYS” stanowi produkt równoważny.

Odwołujący nie aprobował powyższego i wskazał, że załącznik nr 2 do SIWZ nie dopuszczał - w treści opisującej przedmiot zamówienia - zaoferowania produktu równoważnego do śmietany 18%. Przedmiot zamówienia był opisany w sposób konkretny i

precyzyjny i wskazywał w zakresie poz. 7, że obejmuje produkt pochodzenia zwierzęcego w postaci śmietany 18%. Zwierzęce pochodzenie produktu potwierdzało także jego umiejscowienie w treści załącznika nr 2 do SIWZ obejmującego produkty mleczarskie, a zatem produkty odzwierzęce.

Powyższe zaświadcza w sposób jednoznaczny, że produkt zaoferowany przez wykonawcę D. K. „KARYS” nie stanowił produktu równoważnego w stosunku do produktu mleczarskiego w postaci śmietany 18%, albowiem ww. produkty posiadają odmienne cechy jakościowe oraz funkcjonalne.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia ma istotne znaczenie zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przywołując treść art. 29 ust. 1 ustawy oraz wyroki KIO: z 21.07.2014 r., KIO 1389/14; z 19.08.2008 r., KIO/UZP 798/08, LEX nr 448607.

Ponownie wskazał, że załącznik nr 2 do SIWZ opisywał przedmiot zamówienia w sposób konkretny, precyzyjny i jednoznaczny jako produkt mleczarski, pochodzenia zwierzęcego w postaci śmietany 18%.

Stwierdził, że tym samym brak jest podstaw do powoływania się przez Zamawiającego na rzekomą "równoważność" produktów (której istnieniu Odwołujący zaprzecza). Wskazał, że z treści art. 29 ust. 3 Pzp wynika, że równoważne oferty mogą być składane w toku postępowania przetargowego wyłącznie w sytuacji, gdy opisanie przedmiotu zamówienia następuje przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu i przy kumulatywnym spełnieniu wskazanych w treści ww. przepisu przesłanek. Podniósł, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia "równoważności", niemniej *"zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i doktryną dla rzeczywistego dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanych przez zamawiającego nie jest wystarczające samo użycie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważny”. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, niewystarczające jest wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz wyrazów „lub równoważne”. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności oferty. Zamawiający powinien zatem opisać rozwiązanie równoważne przez podanie zakresu lub zakresów równoważności dostawy, usługi lub roboty budowlanej, wyrażonych wielkością, w szczególności parametrów technicznych, a także cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych, tzn. wskazać precyzyjnie granice tej równoważności"* (Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych Komentarz). Opis rozwiązania równoważnego stanowi element opisu przedmiotu zamówienia [vide: wyrok KIO z 14.05.2012 r., KIO 887/12, LEX nr 1164533] i musi być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia. Opis rozwiązania

równoważnego nie może być precyzowany lub ujawniany dopiero na etapie badania ofert (wyrok KIO z 5.01.2012 r., KIO 2753/11; KIO 2760/11). „*Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i równego dostępu do zamówienia publicznego*” (wyrok KIO z 20.03.2017 r., KIO 413/17, LEX nr 2261718).

Powyższe zaświadcza w sposób jednoznaczny, że oferta złożona przez wykonawcę D. K. „KARYS” winna być odrzucona, stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po raz kolejny wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób jasny, konkretny i precyzyjny, a powyższa oferta była sprzeczna z treścią SIWZ. Zaniechanie odrzucenia ww. oferty, a następnie jej wybór w ramach zadania 2 jako oferty najkorzystniejszej skutkowało naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Załączniki (merytoryczne): specyfikacja, wydruk korespondencji elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Odwołanie spełniające wymagania ustawy Pzp - nie zawierające braków formalnych, z uiszczonym wpisem, niepodlegające odrzuceniu z przyczyn wskazanych w art. 189 ust. 2 – zostało rozpoznane na rozprawie.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty oferując zakres zakupów wskazanych w pkt „2) produkty mleczarskie” (opis przedmiotu zamieszczony w pkt III SIWZ). Oferta Odwołującego została uznana za ofertę drugą w rankingu ofert w tym zakresie.

II. Na rozprawie strony przedstawiły następujące stanowiska:

Odwołujący popierając zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu, wskazując na załączone do odwołania: Specyfikację Wyrobu SW-11 UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE, wydanie: 10 z 19.12.2016 r. producenta PHU JAGR Sp. z o.o. w Warlubiu oraz wydruk korespondencji elektronicznej z PHU JAGR o treści: (pytanie - *jakie śmietany (nie roślinne) macie w ofercie*, odpowiedź producenta: *żadnych*), oświadczył, że JAGR jest jedynym producentem UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE w 5 l opakowaniach i w takich opakowaniach dostarcza wyłącznie UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE, czemu - Zamawiający w ramach kontradiktoryjności postępowania odwoławczego - nie zaprzeczył i nie podważył ustaleń i przedstawionych dowodów.

Odwołujący wskazał, że załącznik nr 2 do SIWZ zatytułowany *Dostawa produktów mleczarskich*, jak sama nazwa definiuje, dotyczył produktów na bazie mleka. W wybranej

ofercie w Lp. 7 załącznika nr 2 wykonawca podał, że oferuje śmietanę firmy JAGR, a z dowodu złożonego przez Odwołującego tj. Specyfikacji wyrobu (...), (pochodzącej z 19.12.2016 r. - aktualnej, uzyskanej w grudniu 2019 r. jako dokument nieudostępniany publicznie, lecz uzyskany na wniosek) i korespondencji elektronicznej z firmą JAGR z 13.12.2019 r. wynika, że kremowa ze śmietanką 18% ukwaszona emulsja tłuszczowa w opakowaniu 5 l, jest jedynym tego typu produktem w asortymencie firmy JAGR. W Specyfikacji wyrobu w punkcie 3 podkreślono, że w produkcie oferowanym w wybranej ofercie śmietanka stanowi 1%. Odwołujący podniósł, że pismem z 03.12.2019 r. wystąpił do Zamawiającego z informacją, co do składu oferowanego produktu w wybranej ofercie, odpowiedź uzyskał – pismo z 09.12.2019 r. - w dniu, w którym otrzymał także zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał w piśmie, że dopuszcza ofertę innego producenta, który oferuje produkt równoważny. Odwołujący powtórzył, że do pisma z 03.12.2019 r. załączył Specyfikację wyrobu załączoną także do odwołania, a więc specyfikacja była znana Zamawiającemu. Wskazał dalej, że Zamawiający nie może odbierać w toku realizacji zamówienia innego produktu niż ten, który został zaoferowany w ofercie. Po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze oferty, Odwołujący zwrócił się po raz 2. do Zamawiającego - pismo z 09.12.2019 r., w którym informował Zamawiającego o prawidłowej równoważności produktów wskazując, że równoważnym produktem do śmietany o pochodzeniu zwierzęcym może być śmietana o pochodzeniu zwierzęcym od innego producenta, a nie emulsja tłuszczowa. Na to pismo Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego odpowiedzi. Odwołujący oświadczył, że producent JAGR wycofał się z produkcji śmietany procentowej na rzecz ukwaszonych emulsji tłuszczowych.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania wyjaśnił, powołując się na opis przedmiotu zamówienia w SIWZ pkt III, że dopuścił dostarczenie śmietany 18% innego producenta. Nie żądał śmietany konkretnego producenta. Mogła być dostarczana śmietana różnych producentów, byle byłyby to śmietana 18%. Nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie składu oferowanej śmietany. Wskazał § 4 projektu umowy, w którym opisał zasady weryfikacji produktu ze skutkiem żądania wymiany produktu na koszt dostawcy na etapie realizacji dostawy. Stwierdził, że dla Zamawiającego wystarczające było dostarczenie śmietany 18% i potwierdzenie tego faktu oświadczeniem wykonawcy. W załączniku nr 2 do SIWZ dla zadania nr 2 – *produkty mleczarskie*, w ostatniej kolumnie tabeli należało podać nazwę producenta / nazwę własną artykułu. W wybranej ofercie – D. K. „KARYS” w Lp. 7, wykonawca wskazał producenta JAGR, śmietana 18% opakowanie 5 l. Zamówienie ma być realizowane w okresie jednego roku: 1 stycznia - 31 grudnia 2020.

Zamawiający złożył do akt pisemny opis stanowiska prezentowanego na rozprawie, o następującej treści:

W przypadku wystąpienia w prowadzonym postępowaniu znaku towarowego, patentu lub

pochodzenia produktu należy traktować je jako przykładowe, a zamawiający dopuszcza oferty równoważne produktów (oferta zawierająca rozwiązania równoważne opisywanym), które przedstawiają przedmiot zamówienia o cechach jakościowych lub funkcjonalnych odpowiadających cechom jakościowym lub funkcjonalnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonym innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

W projekcie umowy w § 4 ust. 8 zamawiający żąda od wykonawcy w przypadku uznania dostawy za wadliwą do natychmiastowej wymiany towaru na nowy, nie dłużej niż w ciągu 2 godzin od chwili wystosowania przez Zamawiającego zawiadomienia o wadzie telefonicznie pod nr, faxem lub mailem na adres:

9. Po bezskutecznym upływie terminu określonego w ust. 8 Zamawiający jest uprawniony do zakupu towaru u osoby trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca nie jest uprawniony do żądania zapłaty wynagrodzenia za wadliwy towar, a kwota wydatkowana przez Zamawiającego na zakup towaru u osoby trzeciej zostanie potrącona z najbliższej wierzytelności Wykonawcy.

W związku z powyższym w cenie zamawiającego w złożonych ofertach niezmiennie były jedynie ceny jednostkowe produktów mleczarskich a nazwę producenta należało traktować jako przykładową. W przypadku np. zakończenia wyrobu jakiegoś produktu przez producenta wskazanego w ofercie dostawca może dostarczyć w tym przypadku śmietanę 18% innego producenta.

Zamawiający nie wymagał aby dostawcy w załączonych ofertach dołączyli karty produktu zawierające informację o składzie produktu.

(...)

Dostępna komercyjnie śmietana może zawierać dodatkowe substancje zagęszczające jak żelatyna, guma, guar, karagen, dodatki o kwaśnym smaku. Umieszczenie składu śmietany na opakowaniach w wielu krajach jest dobrowolne, a w Polsce stosowane jest tylko przez niektórych producentów.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że mimo otrzymania informacji Odwołującego, że wykonawca zaoferował produkt nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego, faktu tego nie weryfikował. Wskazał, że weryfikacja dostawy nastąpi na etapie realizacji umowy.

III. Na podstawie powyższych okoliczności Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiot zamówienia zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt III SIWZ dotyczy zakupu wraz z dostawą artykułów żywnościowych, którego zakres obejmuje: 1) produkty zwierzęce, mięso i produkty mięsna, 2) produkty mleczarskie (objęte sporem), 3) warzywa, owoce i podobne produkty

– w asortymencie i ilościach zgodnych z załącznikiem nr 1, 2, 2a do SIWZ.

Zamawiający dalej wskazał kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień dla trzech grup zakresu zakupów, odnośnie do zakresu w pkt 2) wskazał kod: 15500000-3 Produkty mleczarskie.

W załączniku nr 2 do SIWZ oznaczonym: *Część 2 – Dostawa produktów mleczarskich* w tabeli w Lp. 7 Zamawiający opisał w kolumnie 2 przedmiot zamówienia: *Śmietana 18%, opakowanie 5 l*, kolumny 3 – 8 oznaczył odpowiednio: J.m., Szacunkowa ilość (...), Cena jednostkowa (...), Wartość netto (...), Podatek - stawka i kwota (...), Wartość brutto (...), ostatnią kolumnę 9 oznaczył: *Nazwa producenta / Nazwa własna artykułu*.

Istotne w tym jest, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, konkretny, niewskazujący na żadne odstępstwa oraz wymagał podania nazwy producenta lub nazwy własnej produktu, także niewskazujący by miało to być przykładowe podanie producenta.

Wykonawca D. K. „KARYS” przedstawiła w ofercie (jednej z dwóch złożonych w tej części zamówienia) załącznik oznaczony: *Zadanie nr 2: Artykuły żywnościowe – produkty mleczarskie*, w którym w Lp. 7 produkt: *Śmietana 18%, opakowanie 5 l*, jako producenta wskazała: *JAGR, Śmietana 18%*.

Zamawiający stosując kryteria oceny ofert opisane w SIWZ (cena oferty, termin płatności faktury) wybrał ofertę wykonawcy D. K. „KARYS”, o czym przesądziła cena oferty.

W odpowiedzi na informację Odwołującego z dnia 3 grudnia 2019 r., że według jego wiedzy firma JAGR nie posiada w swojej ofercie śmietany 18% 5 l, a zaproponowany produkt jest ukwaszoną emulsją tłuszczową z dodatkiem śmietanki, wraz z załączoną do informacji kartą: *SPECYFIKACJA WYROBU SW-11 UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE*, Wydanie: 9 z 03.04.2015 r., wskazującą bazowy produkt: maślanekę (z mleka) i w składzie m.in. 1% śmietanki

– Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. (w którym to dniu też wybrał najkorzystniejszą ofertę), cytując następujący fragment treści pkt SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia: (...) *W przypadku wystąpienia w prowadzonym postępowaniu znaku towarowego, patentu lub pochodzenia produktu należy traktować je jako przykładowe, a Zamawiający dopuszcza oferty równoważne produktów (oferta zawierająca rozwiązania równoważne opisywanym), które przedstawiają przedmiot zamówienia o cechach jakościowych lub funkcjonalnych odpowiadających cechom jakościowym lub funkcjonalnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonym innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. (...), że:*

W związku z powyższym Zamawiający będzie wymagał od dostawcy, produktów w niezmienionej cenie jednostkowej oraz opakowaniu tak jak w złożonej ofercie. Zamawiający dopuszcza ofertę innego producenta, który oferuje produkt równoważny.

Na pismo (dalszą informację) Odwołującego z 09.12.2019 r., ze szczegółowym

merytorycznym uzasadnieniem stanowiska wskazującego na błędną czynność wyboru oferty, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

IV. Izba uznała, że cytowany z pkt III SIWZ opis dotyczy dopuszczenia produktów równoważnych (rozwiązań równoważnych opisywanym) o cechach jakościowych lub funkcjonalnych odpowiadających wskazanym w OPZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, o ile w treści SIWZ zostały zamieszczone wymagania co do znaku towarowego, patentu lub pochodzenia produktu.

Zważywszy na fakt, że Zamawiający opisując produkt mleczarski w Lp. 7 załącznika nr 2 *Śmietana 18%, opakowanie 5 l*, nie zamieścił opisu dotyczącego znaku towarowego, patentu lub pochodzenia produktu, nie opisał też cech jakościowych ani funkcjonalnych, poza podaniem nazwy produktu mleczarskiego – śmietana 18%, co – zgodnie z rozumianym określeniem tego produktu, oznacza produkt mleczarski z 18% zawartością tłuszczu wytworzonego na bazie mleka (śmietanki) – brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający dopuścił produkt równoważny.

Pochodzenie produktu miał wskazać wykonawca przez podanie w załączniku nr 2 do SIWZ nazwy producenta lub nazwy własnej produktu.

W postępowaniu nie wystąpiły opisy – znaku towarowego, patentu, lub pochodzenia produktu – warunek dopuszczenia ofert równoważnych – o cechach jakościowych lub funkcjonalnych odpowiadających cechom jakościowym lub funkcjonalnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

Dopuszczenie oferty innego producenta, który oferuje produkt równoważny (określenie z pisma Zamawiającego z 09.12.2019 r.) – wskazuje na inne rozumienie stanowiska Odwołującego w tej sprawie niż wynika to z pism z 03 i 09 grudnia 2019 r., a także odwołania i ustaleń dokonanych w postępowaniu odwoławczym.

W sporze nie chodzi o innego producenta, tylko o oferowany przez wykonawcę produkt pochodzący od wskazanego przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego producenta, który to produkt mimo podania nazwy odpowiadającej nazwie opisanej przez Zamawiającego, nie jest produktem będącym przedmiotem zamówienia.

O podobnej interpretacji sporu świadczy fakt powoływania się przez Zamawiającego na § 4 ust. 8 i 9 projektu umowy dotyczący wymiany wadliwego produktu i zastąpienie go właściwym, a po upływie wyznaczonego terminu zakupu przez Zamawiającego właściwego towaru na koszt wykonawcy.

Kwestia ta dotyczy jednak etapu realizacji umowy.

Natomiast Zamawiający zobowiązany jest do zbadania ofert przed ich oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty, m.in. w związku z obowiązkiem wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp – ustalenia co do merytorycznej zgodności treści oferty z treścią SIWZ i w przypadku niezgodności treści tych dokumentów, do odrzucenia oferty.

Zamawiający przyznał, że nie dokonał weryfikacji oferty wybranej, mimo informacji Odwołującego przesłanej wraz ze specyfikacją wyrobu produktu producenta wskazanego w ofercie wykonawcy Dymecka Krystyna „KARYS”.

Brak żądania karty produktu – nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawdzenia zgodności ofertowanego produktu z wymaganiami SIWZ, szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający jest w posiadaniu informacji o zaoferowaniu produktu innego niż opisany.

W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynności i zaniechania Zamawiającego w granicach zarzutów odwołania. Czynność badania oferty nie została przeprowadzona w świetle posiadanych przez Zamawiającego informacji, zgodnie z potwierdzeniem Zamawiającego, stąd zasadne jest powtórzenie tej czynności. Zamawiający jest zobowiązany do badania oferty zgodnie z wymaganiami ustalonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jednocześnie uprawniony do żądania wyjaśnień od wykonawcy w przypadku jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty.

Odwołujący oświadczył, że JAGR jest jedynym producentem UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE w 5 l opakowaniach i w takich opakowaniach dostarcza wyłącznie UKWASZONE EMULSJE TŁUSZCZOWE. Zamawiający nie zaprzeczył temu oświadczeniu i nie podważył jego treści.

Izba uznała stanowisko Odwołującego za przekonujące. Z uwagi na fakt, że wykonawca przed odrzuceniem oferty powinien mieć możliwość złożenia stosownych wyjaśnień, nakazała powtórzenie badania oferty i w przypadku nie potwierdzenia zgodności jej treści z treścią SIWZ w rozumieniu przedstawionym wyżej, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaniechanie badania oferty stanowi również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pozostałe przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu jako podstawy prawne zarzutów dotyczą niedokonania badania i oceny wybranej oferty zgodnie z:

- opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ (art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5),
- kryteriami oceny ofert związanymi z przedmiotem zamówienia (art. 91 ust. 2c)
 - niekwestionowanymi przez Odwołującego.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł stanowiącą zwrot uiszczanego wpisu (§ 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia).

Przewodniczący: