

Sygn. akt: KIO 1290/11

**WYROK**  
z dnia 30 czerwca 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez **Samindruk sp. z o.o. w Brodnicy** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Samindruk sp. z o.o. w Brodnicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Samindruk sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 1290/11**

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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01 – 748 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na druk i dostawę druków zaświadczeń lekarskich ZUS ZLA.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 56 – 091325.

W dniu 8 czerwca 2011 r. pismem z dnia 7 czerwca 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Samindruk sp. z o.o., ul. Sikorskiego 37, 87 – 300 Brodnica (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jana Dworzańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Omeko Jan Dworzański, ul. Zawila 65 D, 30 – 390 Kraków (dalej „Omeko”).

Dnia 17 czerwca 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując dnia 17 czerwca 2011 r. zamawiającemu (prezentata).

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Omeko zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Omeko, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- art. 91 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

- art. 87 ust. 1 Pzp przez wezwanie do wyjaśnienia, a de facto do uzupełnienia treści oferty Omeko, i zaakceptowanie ponownego złożenia przez Omeko formularza cenowego, już po otwarciu ofert i po upływie terminu składania ofert;
- art.7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek niedopuszczalnego w świetle art. 87 ust. 1 Pzp zezwolenia na zmianę treści oferty złożonej przez Omeko w celu doprowadzenia tej treści do stanu zgodności z siwz.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Omeko, jako oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Omeko i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- obciążenia kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zamawiający wybrał ofertę Omeko, mimo że jej treść nie odpowiadała treści siwz. W formularzu cenowym, który należało wypełnić - zgodnie ze wskazaniem siwz (rozdział V str. 12) - zabrakło nazwy producenta papieru samokopiującego, z którego oferowane formularze będą wyprodukowane. Zważywszy na fakt, że formularze składają się głównie z papieru, oraz na fakt, że druki zwolnień lekarskich mają służyć jako dokumenty stanowiące podstawę wypłaty świadczeń chorobowych i jako takie powinny należycie kopiować oraz zachowywać czytelność przez długi okres przechowywania, a cechy te zależą od papieru — informacja na temat producenta jest istotnym elementem oferty. Wskazuje ona bowiem, co za podaną cenę jest oferowane. Odwołujący argumentował, iż w tym przypadku zamawiający miał co do papieru szczególne wymagania, które określił w rozdziale II punkt I podpunkt 7 siwz żądając, żeby wszystkie formularze, przez cały czas trwania umowy, były wykonane na papierze tego samego producenta i żeby papier ten nie był wyprodukowany wcześniej niż w 2011 roku. Nie znając producenta papieru zamawiający nie miałby możliwości weryfikacji, czy oferowany produkt wymogi te spełnia.

Dalej odwołujący stwierdził, iż brak wymaganego w siwz elementu złożonej przez Omeko oferty zamawiający postanowił uzupełnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 31 maja 2011 r. Omeko przysłało nowy, uzupełniony formularz cenowy (pismo Omeko do zamawiającego z dnia 1 czerwca 2011 r.). Odwołujący podkreślił, iż w trybie art. 87 ust. 1 Pzp można wyjaśniać treść złożonej oferty, a nie ją zmieniać,

uzupełniać (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp). Mimo to zamawiający zaakceptował nowy formularz cenowy, dostany przez Omeko, czym niewątpliwie zdaniem odwołującego naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ po „poprawieniu” treści formularza cenowego oferta Omeko zyskała w oczach zamawiającego przymiot zgodności z treścią siwz, wobec czego nie została odrzucona, a została uznana za najkorzystniejszą i wybrana.

Z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł, że w przypadku, gdyby Izba nie uznała argumentów odwołującego i uznała ofertę Omeko za zgodną z siwz od samego początku, to odwołujący nadal podtrzymuje zarzut niezgodności treści oferty Omeko z treścią siwz z powodu innych okoliczności faktycznych. Przyjmując wtedy, że nowy formularz cenowy był jedynie wyjaśnieniem treści oferty, wobec wskazania M-Real Zanders jako producenta papieru, zamawiający powinien był ją odrzucić, ponieważ oferowany produkt nie spełniałby wymagań określonych w rozdziale II punkt I podpunkt 7 siwz, gdyż M-Real Zanders zamyka produkcję papieru samokopiującego (Zanders autocopy). Nie można też założyć, że firma Omeko kupiłaby i zmagazynowała ten papier na 1,5 roku z góry (żeby spełnić warunek pochodzenia od tego samego producenta), nie tylko z uwagi na aspekt ekonomiczny, ale przede wszystkim z uwagi na to, że chodzi o ponad 200 ton papieru, co wymaga stosownej, klimatyzowanej powierzchni magazynowej, a i to nie dawałoby gwarancji, że papier samokopiujący w rolach, przechowywany tak długo, nie uległby zniszczeniu. Zatem w opinii odwołującego również w takim przypadku, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Omeko jest naruszeniem przepisu art. 89 ust. 2 ustawy. Wraz z odwołaniem odwołujący przedłożył informacja ze strony www M-Real Zanders w tłumaczeniu z języka niemieckiego. Wskazał, iż strona jest również prowadzona w języku angielskim, więc przy dochowaniu należytej staranności można dowiedzieć się o planowanym zamknięciu produkcji papieru samokopiującego, mającego mieć zastosowanie w produkcji formularzy zwolnień lekarskich oferowanych przez Omeko.

Zamawiający zawiadomił Omeko o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania za pośrednictwem faksu w dniu 20 czerwca 2011 r.

Pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. do Prezesa Izby zostało przesłane za pośrednictwem faksu zgłoszenie przez Omeko przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W formie pisemnej zgłoszenie wpłynęło do Izby dnia 28 czerwca 2011 r. (prezentata).

Pismem z dnia 28 czerwca 2011 r. Omeko wniosło o rozpoznanie sprawy pod jego nieobecność oraz podtrzymało argumentację zawartą w piśmie z dnia 22 czerwca 2011 r.

Na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Przedmiotem zamówienia jest druk i dostawa druków zaświadczeń lekarskich ZUS ZLA.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale II m.in. w pkt. I. 7 wskazując na wymagania dotyczące papieru - w pkt. 7e) sformułował wymóg, aby papier wyprodukowany był przez jednego producenta nie wcześniej niż 1 stycznia 2011 r. Do załącznika pn. „formularz cenowy” zamawiający odniósł się w siwz w rozdziale V, w pkt. IV.1 postanawiając, iż „wykonawca poda cenę oferty w sposób określony w Formularzu ofertowym część II – ‘Cena Oferty’ oraz część V – ‘Formularzu cenowy’ (załącznik nr 1 do niniejszej Specyfikacji)”.

Wzór formularza ofertowego w części pn.: „Formularz cenowy” stanowiła tabela, w której w pierwszej kolumnie pt. „Nazwa” zamawiający wpisał „Druk i dostawa formularzy zaświadczeń lekarskich ZUS ZLA” „Producent papieru:.....”. W kolejnej kolumnie podano „Ilość sztuk bloków”, a w następnych wymagane było podanie ceny jednostkowej bloku (kolumna 3), całkowitej ceny oferty w złotych z VAT (kolumna 4) oraz stawki VAT (kolumna 5). Brak jest jakiegokolwiek instrukcji dotyczącej sposobu wypełnienia tabeli.

Część siwz stanowi także załącznik nr 2 – wzór umowy. W § 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, iż wykonawca (...) wydrukuje i dostarczy 1.400.000 bloków (...) według wymagań technicznych określonych w Załączniku nr 1 (...). Powołany załącznik powielił wymagania siwz dotyczące parametrów papieru, w tym konieczność zapewnienia, aby papier wyprodukowany był przez jednego producenta oraz nie wcześniej niż 1 stycznia 2011 r. (pkt 7 załącznika nr 1 do umowy). W § 2 ust. 1 wzoru umowy postanowiono, iż wykonawca przed uruchomieniem produkcji w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy przedstawi zamawiającemu próbny wydruk formularzy ZUS ZLA w postaci gotowych bloków (3 egzemplarze), a zamawiający w terminie 10 dni zaakceptuje próbki lub ew. zgłosi uwagi w

zakresie zgodności produktu ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, przy czym wykonawca ma obowiązek uwzględnienia uwag zamawiającego”. W § 2 ust. 6 wzoru umowy zostało ponadto wskazane, iż „za datę dostawy i odbioru przyjmuje się dzień podpisania (...) Specyfikacji wysyłkowej formularzy (Załącznik nr 4 do niniejszej umowy), wykonanych zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy”. W załączniku nr 4 do umowy ani w żadnym innym miejscu wzoru umowy zamawiający nie wymaga podania nazwy producenta papieru.

Jedynym kryterium oceny ofert stanowiła cena oferty (rozdział VII, pkt II siwz).

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony załącznik nr 1, przy czym w części „Formularz cenowy” w kolumnie pierwszej nie wypełnił pola „Producent papieru”.

Zamawiający pismem 31 maja 2011 r. powołując się na przepis art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Omeko „o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty”. Wskazał, iż w kolumnie 1 tabeli „należało wpisać informację, kto jest producentem papieru”

W odpowiedzi Omeko pismem z dnia 1 czerwca 2011 r. wyjaśniło, iż „producentem papieru założonego do oferty jest firma M – REAL ZANDERS GMBH”. W załączeniu przesłało przysłało nowy, uzupełniony formularz cenowy z wypełnionym polem dotyczącym producenta papieru.

Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Omeko.

Z oceną zamawiającego nie zgodził się odwołujący wnosząc do Prezesa Izby odwołanie.

#### **Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiotu uczestnika postępowania nie uzyskało Omeko, bowiem nie przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Omeko zgłosiło w dniu 22 marca 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego za pośrednictwem faksu (w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Izby po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia tj. 28 czerwca 2011 r.), tym samym uchybiło przepisowi art. 185 ust. 2 Pzp, zgodne z którym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego należy w terminie 3 dni doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej. Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając brzmienie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), który jednoznacznie wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może skutecznie być przekazane do Izby za pośrednictwem faksu, Izba stwierdziła, że Omeko nie uzyskało przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego.

Przechodząc do zarzutów odwołania należy stwierdzić, iż w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, gdyż podniesione w nim zarzuty nie potwierdziły się.

Przedmiotem sporu jest, czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy, do odrzucenia oferty Omeko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba ustosunkowując się do postawionej przez wnoszącego odwołanie tezy, iż treść oferty Omeko jest sprzeczna z treścią siwz, zatem należało ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdza, iż w okolicznościach sporu nie znalazła ona potwierdzenia.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, poza treścią oferty złożonej przez odwołującego, przyznać należy treści siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo

oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych.

Przechodząc do postanowień siwz sporządzonej w niniejszym postępowaniu należy podkreślić, iż analiza ich treści, w tym rozdziału II zawierającego opis przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy prowadzi do wniosku, iż informacja o producencie papieru, której w formularzu cenowym oczekiwał podania zamawiający, a której zabrakło w ofercie Omeko, ma wyłącznie walor informacyjny. Innymi słowy Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska wyrażonego przez odwołującego, iż dane o producencie papieru stanowią treść oferty.

Przedmiotem zamówienia nie jest dostawa papieru, lecz druk i dostawa zaświadczeń lekarskich ZUS ZLA. Istotne dla zamawiającego było – i to wynika z siwz (rozdział II, pkt. I.7 siwz), aby papier, na którym zostaną wydrukowane zaświadczenia lekarskie ZUS ZLA, wyprodukowany był przez jednego producenta nie wcześniej niż 1 stycznia 2011 r., przy czym papier, z którego wykonane będą wydruki, nie był poddawany przez zamawiającego ocenie (jedyne kryterium oceny ofert stanowiła cena). W praktyce te wymagania będą weryfikowane przez zamawiającego w fazie realizacji zamówienia. Jak wynika z § 2 ust. 1 wzoru umowy wykonawca przed uruchomieniem produkcji w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy przedstawić ma zamawiającemu próbny wydruk formularzy ZUS ZLA w postaci gotowych bloków (3 egzemplarze), a zamawiający w terminie 10 dni zaakceptuje próbki lub ewentualnie zgłosi uwagi w zakresie zgodności produktu z siwz, przy czym wykonawca ma obowiązek uwzględnienia uwag zamawiającego. Powołane postanowienie wzoru umowy wskazuje, iż dopiero na podstawie próbek zamawiający oceni, czy produkt spełnia wymagania siwz. Może zgłosić uwagi, w tym także dotyczące papieru, na którym wydrukowano formularze ZUS ZLA. Zatem wykonawca zobowiązany będzie korzystać z papieru tego samego producenta, na którego papierze próbny wydruk zaakceptuje zamawiający. Brak jest odniesienia do producenta papieru także w specyfikacji wysyłkowej formularzy (załącznik nr 4 do umowy) stanowiącego wzór protokołu potwierdzającego zgodność danej partii towaru z siwz. Trzeba także dostrzec, iż załącznika do umowy nie stanowi formularz cenowy, w którym zdaniem odwołującego obligatoryjnie należało wskazać producenta papieru. Zatem w siwz, w tym we wzorze umowy, brak jakichkolwiek odniesień do nazwy producenta papieru. Tym samym przyjąć należy, iż z treści siwz nie wynika, aby treścią oferty objęta była informacja o producencie papieru. Nie sposób w tej sytuacji stwierdzić, iż treść oferty Omeko nie odpowiada treści siwz. Oferta (oświadczenie woli wykonawcy w rozumieniu kodeksu cywilnego) nieodpowiadająca treści siwz to taka, która w



zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, nie odpowiada wymaganiom siwz, co na gruncie badanej sprawy nie zostało przez Izbę stwierdzone. Zważywszy powyższe w konkluzji zasadnym jest wskazanie, iż wykonawcy mogą realizować zamówienie przy użyciu papieru innego producenta niż podany w ofercie. Tym samym i argumentacja odwołującego dotycząca niemożności realizacji zamówienia przez Omeko ze względu na zamknięcie linii produkcyjnej nie uzasadnia odrzucenia oferty Omko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu uchybienia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie Omeko do wyjaśnień, w wyniku których została oferta tego wykonawcy uzupełniona, wskazać trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony, aby żądać na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy od Omeko wyjaśnień dotyczących producenta papieru, bowiem informacja o producencie papieru nie stanowiła treści oferty, a tylko treści oferty mogą dotyczyć wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust.1 Pzp. Jednakże nieuzasadnione zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp we wskazanych okolicznościach faktycznych należy ocenić jako bezskuteczne i pozbawione doniosłości prawnej. Niezależnie od wystąpienia o wyjaśnienia w omawianym zakresie oferta Omeko odpowiadała treści siwz i nie podlegała odrzuceniu.

Zważywszy przedstawioną przez Izbę ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego stwierdzić należy, iż żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....