

Sygn. akt: KIO 207/14

## WYROK

z dnia 12 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 lutego 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2014 r. przez **wykonawcę ALMAX – Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uzdrowisko Busko-Zdrój Spółka Akcyjna z siedzibą w Busku – Zdroju, ul. F. Rzewuskiego 1**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego w zakresie części II zamówienia publicznego,**

**2. kosztami postępowania obciąża Uzdrowisko Busko-Zdrój Spółka Akcyjna z siedzibą w Busku – Zdroju, ul. F. Rzewuskiego 1 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ALMAX –Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Uzdrowiska Busko-Zdrój Spółka Akcyjna z siedzibą w Busku – Zdroju, ul. F. Rzewuskiego 1** na rzecz **ALMAX –Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie** kwotę 11 498 zł. 52 gr (słownie : jedenaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu, kosztów dojazdu oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę artykułów spożywczych i przypraw zostało wszczęte przez zamawiającego Uzdrowisko Busko-Zdrój Spółkę Akcyjną z siedzibą w Busku-Zdroju, ul. F. Rzewuskiego 1 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 grudnia 2013r. za numerem 516202-2013.

W dniu 30 stycznia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o wyniku postępowaniu, w tym o odrzuceniu wykonawcy ALMAX –Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na to, że wykonawca w ramach części II zamówienia przedstawił więcej niż jeden sposób realizacji zamówienia.

W dniu 4 lutego 2014r. wykonawca ALMAX –Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 listopada 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 2 lutego 2014r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- (i) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy, w zakresie zadania nr II - dostawa makaronów
- (ii) wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe SAWA A. S....., W. W..... Spółka Jawna ul. Wojska Polskiego 35b 28-100 Busko- Zdrój , jako oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert
- art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu;
- art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- (1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- (2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe SAWA A. S....., W. W..... Spółka Jawna ul. Wojska Polskiego 35b 28-100 Busko- Zdrój, jako oferty najkorzystniejszej;

- (3) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- (4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu a nie podlegających odrzuceniu;
- (4) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Interes odwołującego, jego zdaniem, został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ jego oferta jest najtańsza spośród złożonych ofert, a z uwagi, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%) - powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący uważa, że złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ i udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu: „ W formularzu ofertowym Wykonawcy mieli wskazać producenta i nazwę oferowanego produktu a jednocześnie Zamawiający zastrzega, że nie dopuszcza się składania ofert wariantowych (zapisy siwz). Oferta złożona przez Wykonawcę sporządzona została odmiennie niż określają to postanowienia siwz . Odmienność ta przejawia się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia . W poz 2 dla Części II Wykonawca zaoferowała Maxpol Durum oraz Lubellę " dla form które nie występują w Maxpol" Ofertę sporządzono zatem w sposób niezgodny z wymaganiami zapisanymi w siwz. Jako że Zamawiający i Wykonawca związani są treścią złożonej oferty Zamawiający nie może uznać oferty zawierającej opcjonalne rozwiązania jako zgodnej i przyjąć ją jako prawidłową. Co więcej według interpretacji ustawy możliwość składania ofert wariantowych (uzależniona od decyzji Zamawiającego) nie upoważnia do przedstawienia w ofercie dwóch lub więcej sposobów realizacji zamówienia. Uznanie tak sformułowanej oferty stanowiłoby bowiem naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, w stosunku do tych którzy oferty złożyli w sposób nie budzący wątpliwości" jednocześnie informując o wyborze jako najkorzystniejszej oferty - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe SAWA A. S....., W. W..... Spółka Jawna ul. Wojska Polskiego 35b 28-100 Busko- Zdrój jako w pełni zgodnej z SIWZ.

Odwołujący nie zgadza się z wynikami oceny ofert i podnosi, co następuje:

Oferta ALMAX - DYSTRYBUCJA została odrzucona z postępowania, w związku z tym iż w pozycji 2 części II zamówienia, przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w sposób następujący: " Makaron z mąki pszennej durum, przyrost z 1 kg masy suchej do około 3,5 kg produktu,, różne kształty np. świdry, nitki, łazanki, „kolanka z falbanką” , pióra,

rukki itp" zaś odwołujący w swojej ofercie podał w kolumnie zatytułowanej " Nazwa produktu , Producent " następujące informacje: " Maxpol Durum nitka, świderk, muszelka, rurka wstążka / Lubella formy nie występujące w Maxpol" wezwany do wyjaśnienia co do sposobu realizacji zamówienia oraz oferowanego produktu wyjaśnił: "w zakresie makaronów o formach: nitka, świderk, muszelka, rurka wstążka - produkty Maxpol z mąki pszennej durum, pozostałe formy takie jak: kolanka z falbanką, piórka itp -makaron produkowany przez Lubellę z mąki pszennej durum

Z przedstawionych informacji w żaden sposób nie wynika wariantowy sposób realizacji zamówienia. Odwołujący wyraźnie nie pozostawił wątpliwości, iż w sytuacji kiedy zamawiający zamówi formy makaronów: nitka świderk, muszelka, rurka, wstążka otrzyma produkty wytwarzane przez producenta Maxpol zaś kiedy zamówi inne formy (zamawiający pozostawił katalog otwarty) będą to produkowane przez producenta Lubella, (łazanki, kolanka z falbanką czy też nie wymienione spaghetti lub kokardki).

W żaden sposób, zdaniem odwołującego, nie można przyjąć, że zamawiający zamawiając konkretną formę makaronów nie będzie wiedział kto będzie jego producentem.

Odmianą sytuacją byłoby gdyby odwołujący we wskazanej kolumnie zawarł jedynie zapis: "Maxpol, Lubella", takiej sytuacji, według odwołującego, decyzja zamawiającego byłaby słuszna gdyż są formy makaronów które produkują obydwaj producenci.

Z powyższego, według odwołującego, wynika niezbicie, iż zarzuty zamawiającego jakoby treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są całkowicie nietrafione, a oferta Odwołującego zawiera wszystkie niezbędne informacje, które pozwalają stwierdzić, że nie może być mowy o wariantowości oferty i należy ją, według odwołującego, wybrać jako najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz oferty odwołującego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w §3 siwz zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia i w części II w pkt 2 wskazał Makaron z mąki pszennej durum, przyrost z 1kg masy suchej do około 3,5 kg produktu., różne kształty np. świdry, nitki, łazanki, „kolanka z falbanką” , pióra, rurki itp. j.m. kg ilość 4520.

Zamawiający wskazał, że podane ilości są ilościami szacunkowymi i może następować zmniejszenie/zwiększenie ilości w zależności od potrzeb zamawiającego. Zamawiający zezwolił na składania ofert częściowych, przy czym oczekiwał zaoferowania wszystkich produktów z danej części pod rygorem odrzucenia oferty. W toku wykonywania umowy

zamawiający przewidział możliwość zmiany rodzaju asortymentu, gdy produkt będzie wycofany z produkcji lub nie spełni oczekiwań zamawiającego. Zamawiający oczekiwał produktów w pierwszym gatunku, wskazał jakie powinno być oznakowanie produktu i data ważności. Opisał sposób dostawy produktów i obowiązki wykonawcy z tym związane, a także określił sposób dokonywania czynności sprawdzających, kontrolnych i reklamacyjnych. W §19 siwz w pkt 4 zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. W formularzu asortymentowo – cenowym w kolumnie trzeciej zamawiający oczekiwał podania nazwy artykułu i producenta. Zamawiający nie zawarł dodatkowych wytycznych, co do sposobu wypełnienia formularza.

W ofercie odwołującego w formularzu asortymentowo-cenowym dla części 2 w poz. 2 w kolumnie trzeciej odwołujący podał „Maxpol Durum nitka, świderk, muszelka, rurka, wstążka/ Lubella formy nie występujące w Maxpol.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe zamawiającego co do dopuszczenia dowodu z oględzin makaronów firmy Maxpol oraz dowodów z wydruków stron internetowych na okoliczność niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz z uwagi na brak nazwy artykułu, nieprodukowanie przez Maxpol makaronów z mąki durum, braku nazwy handlowej Maxpol Durum, dodatek kurkumy jako składnika niezgodnego z opisem poz. 2 części II siwz, nieoferowanie przez Maxpol makaronów 5 jajecznych, z uwagi na to, że dowody te nie służą wykazaniu faktów z których strony wywodzą skutki prawne mieszczące się w granicach zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że jest związana zarzutami odwołania, zatem dowody służące wykazaniu okoliczności faktycznych nie będących w związku z podniesionymi zarzutami należy ocenić jako powołane jedynie dla zwłoki.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę i jego oferta oferowała wykonanie części II zamówienia za najniższą cenę. W postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zatem gdyby zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, to jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a on uzyskałby zamówienie. Odwołujący zatem może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Katalog przesłanek odrzucenia oferty, jako zbiór okoliczności eliminujących ofertę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest katalogiem zamkniętym i musi być interpretowany ściśle. Zatem, aby zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przede wszystkim musi ustalić treść siwz, następnie ustalić treść oferty, a następnie zbadać czy te treści odpowiadają sobie czy też nie. W przedmiotowej sprawie w treści siwz zamawiający wskazał, że nie dopuszcza ofert wariantowych, natomiast zamawiający nie zawarł nakazu oferowania w formularzu asortymentowo-ilościowym produktów w danym opisie artykułu pochodzących od jednego producenta. Takim zakazem wbrew twierdzeniom zamawiającego nie jest użycie liczby pojedynczej „producent” w nagłówku kolumny 3 formularza. Zamawiający w części produktów wskazywał typy lub określał produkty równoważne, w części oczekiwał podania różnych rodzajów określając te rodzaje lub nie np. w części II, pkt 5 kier lub równoważny, różne kształty, pkt 7 pióra np. Lubella, w części V pkt 8 różne smaki: wiśniowy, truskawkowy, morelowy, w pkt 9 różne smaki, w części VI pkt 1 typu charriot, pkt 2 typu irving, w części VII pkt 8 z nadzieniem owocowym (...) przeciery owoców np. truskawkowy, pkt 10, 11 wafle o różnych smakach (...) aromat np. waniliowy, pkt 13 z galaretką w polewie kakaowej, różne smaki, w części VIII pkt 1 różne zapachy, pkt 23 różne smaki, pkt 26 i 27 różne smaki. Brak jest zatem jednolitego opisu artykułów, które pozwalałoby wyprowadzić jednolitą instrukcję wypełniania tegoż formularza. Bezsporne jest, że w części II pkt 2 zamawiający oczekiwał zaoferowania makaronu z mąki pszennej durum, przyrost z 1kg masy suchej do około 3,5 kg produktu, różne kształty np. świdry, nitki, łazanki, „kolanka z falbanką” , pióra, rurki itp., a odwołujący dla części wymienionych przez zamawiającego kształtów zaoferował makarony firmy Maxpol, dla innych kształtów makarony firmy Lubella. Zamawiający taki sposób złożenia oferty uznał za złożenie oferty z różnymi sposobami realizacji zamówienia. Jednak zamawiający, ani w informacji o wyniku postępowania, ani na rozprawie nie wskazał treści siwz, która zakazywałaby wykonawcy zaoferowania produktów różnych producentów dla różnego pod względem formy asortymentu oczekiwanego przez zamawiającego. W ocenie Izby nie jest to oferta wariantowa, gdyż wykonawca nie przedstawił odmiennego od

przyjętego w siwz sposobu realizacji zamówienia, a w szczególności nie zaoferował także nieskonkretyzowanego przedmiotu zamówienia. Izba przyznała rację odwołującemu, że zaoferował on jeden asortyment tj. makaron durum, który będzie nabywał od dwóch różnych producentów w zależności od kształtu, w jakim ten makaron jest produkowany u danego producenta. W ocenie Izby wykonawca jednoznacznie wskazał, że makaron durum w formie nitka, świderka, muszelka, rurka, wstążka będzie wyprodukowany przez producenta Maxpol, zaś łazanki, „kolanka z falbanką”, pióra itp. będzie wyprodukowany przez producenta Lubella, zatem zbiory wskazane przez odwołującego są rozłączne i na siebie nie zachodzą i nie ma możliwości zamiennego oferowania makaronu danego kształtu pochodzącego od Maxpol lub od Lubella w zależności od wyboru wykonawcy. W ocenie Izby oferta jest w tym zakresie stanowcza i zobowiązanie jednoznacznie określone, a brak jest treści siwz, z którą taka treść oferty byłaby sprzeczna. W tej sytuacji nie ma substratu porównawczego tj. treści siwz, a skoro tak to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znajduje w tym przypadku zastosowania, w konsekwencji działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na tej podstawie prawnej było nieprawidłowe i naruszało ustawę. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie w części II zamówienia w odniesieniu do oferty odwołującego, a konsekwencji zamawiający nie dokonał wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, gdyż wybrany przez niego wykonawca nie był wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy. Jednocześnie zamawiający nierówno potraktował wykonawców nie dopuszczając do oceny ofert oferty odwołującego, wobec której nie zachodziła podana przez zamawiającego podstawa odrzucenia.

Co do argumentacji zamawiającego, że w przypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, to oferta ta i tak podlegałaby odrzuceniu z innych powodów niż wskazane w informacji o wyniku postępowania, to Izba wskazuje, że art. 192 ust. 2 ustawy pozwala Izbie oddalić odwołanie jedynie w przypadku, gdy naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie miało lub nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w odniesieniu do oferty odwołującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy powodujące wyeliminowanie oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji uniemożliwienie jego uzyskania, natomiast stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego musi być przywrócona do postępowania w zaistniałym stanie faktycznym i dalsze decyzje zamawiającego mogą być podejmowane dopiero po jej przywróceniu, zatem wynik postępowania ulega zmianie. Brak jest zatem podstaw do zastosowania art. 192 ust. 2 ustawy. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że brak wpływu na wynik mógłby być rozważany w sytuacji, gdy oferta



odwołującego byłaby odrzucona z kilku powodów na tej samej lub różnych podstawach prawnych, ale stwierdzono naruszenie tylko jednej z podstaw lub tylko w odniesieniu do np. jednej niezgodności z treścią siwz, wówczas sytuacja odwołującego nie ulegałaby zmianie, bo nie jego oferta nie byłaby przywracana do postępowania i nie naruszany byłby jego wynik. Izba nie może rozstrzygać ponad granice podniesionych zarzutów, co wynika wprost z art. 192 ust. 7 ustawy, a stanowisko zamawiającego, że Izba powinna wziąć pod uwagę także niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz, które nie były wyartykułowane przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania i w konsekwencji nie mogłyby być przedmiotem zarzutów, jest oczekiwaniem wyjścia przez Izbę ponad granice rozstrzygnięcia, co więcej zmierzającym do pozbawienia odwołującego możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu. Koszty zastępstwa prawnego Izba uwzględniła w maksymalnej wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący: .....**