

Sygn. akt: KIO 1304/20

WYROK
z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B., D. B. Sp. J., ul. Miałki Szlak 52, 80-717 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia**

przy udziale wykonawcy **Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W., ul. Dworcowa 7, 87-100 Toruń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B., D. B. Sp. J. jako niezgodnej z treścią SIWZ.**
2. **kosztami postępowania obciąża Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B., D. B. Sp. J., ul. Miałki Szlak 52, 80-717 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Komendy Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** na rzecz **PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B., D. B. Sp. J., ul. Miałki Szlak 52, 80-717 Gdańsk** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Gdynia - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia „dostawa artykułów biurowych z podziałem na 5 części w zakresie części 1 - artykułu biurowe. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 13 lutego 2020r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/ S 031-071921.

W dniu 12 czerwca 2020r. Odwołujący - PHU Samfix - Papier G. B. D.B. Sp. j. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. i zaniechania odrzucenia z postępowania oferty Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W. (dalej Partner XXI Kleks), mimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw do odrzucenia z postępowania z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SIWZ ma wpływ na zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 czerwca 2020r.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner XXI Kleks,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędny wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że zaoferowany w poz.114 wykazu przez Partner XXI Kleks produkt, oznaczony nazwą producenta, modelem oraz nr katalogowym (Podkład D.Rect na biurko 50CMx70CM 009914) jest wykonany z polipropylenu (PP) a nie jak wymagał Zamawiający w SIWZ z poliwęglanu (PC). Nie ulega wątpliwości, że oba materiały są całkowicie odmiennymi materiałami o innych właściwościach mechanicznych. Jako dowód Odwołujący przedstawił kartę katalogową produktu Lewiatan dla podkładu D.Rect PP na biurko 500x700mm o indeksie 009914, gdzie wskazano w pozycji „parametry produktu” - sztywny, wykonany w transparentnego PP o grubości 600mic. Odwołujący

załączył także korespondencję, jaką prowadził w producentem na okoliczność wykazania, że podany przez Partner XXI Kleks produkt wyprodukowany jest z polipropylenu a nie z poliwęglanu. (maile z dnia 4 maja 2020r.). Odwołujący stwierdził, że wykonawca w wykazie świadomie pominął w opisie produktu symbol „PP”. Zgodnie z korespondencją z Lewiatan oferowany produkt z indeksem 009914 nie jest w ogóle produkowany z materiału jakim jest poliwęglan. Ponadto Odwołujący uzyskał bezpośrednio do producenta Lewiatan potwierdzenie, że brak w ogóle w ofercie Lewiatan podkładek na biurko wykonanych z materiału polikarbon. Korespondencja z dnia 11 maja, którą Odwołujący załączył do akt sprawy zawiera potwierdzenie, jakie podkłady występują w ofercie Lewiatan, jakie mają indeksy producenta i z jakiego materiału są wykonane (PCV i PP). Odnośnie wyjaśnienia wykonawcy Partner XXI Kleks, jakie ten wykonawca złożył w dniu 15 maja Zamawiającemu, że zaoferowany podkład na biurko wykonany jest z poliwęglanu i jest to nowość w ofercie firmy Lewiatan, a na moment sporządzenia oferty spółka nie posiadała istniejącej kartoteki w jej wewnętrznym systemie sprzedażowym, Odwołujący stwierdził, że jest to nieudana próba wykazania, że produkt zaoferowany jest zgodny z SIWZ. Z oferty nie wynika, że produkt jest nieistniejący, numer katalogowy podany przez wykonawcę jest prawidłowy i istniejący i przyporządkowany do asortymentu rodzajowo zgodnego z SIWZ ale to produkt niezgodny z SIWZ. Odnośnie korespondencji, jaką przedstawił wykonawca Partner XXI Kleks z dnia 13 maja, prowadzonej z Lewiatan, w której w odpowiedzi na pytanie (..) jaki produkt został przez Państwa wyceniony w poz. 202, przedstawiciel Lewiatan podaje, że „zaoferowaliśmy produkt Podkład Pc na biurko 500x700mm, produkt zgodnie z wcześniejszą informacją będzie wprowadzony do sprzedaży w maju 2020r. Produkt jest wykonany z materiału PC (policarbon) polska nazwa poliwęglan”, Odwołujący podniósł, że informacja ta potwierdza, że na dzień składania ofert w postępowaniu tj. na 20 marca produkt zgodny z SIWZ nie był dostępny . Co więcej Odwołujący wskazał, że na dzień wniesienia odwołania produkt, o którym mowa w piśmie z dnia 13 maja nie jest nadal dostępny w ofercie Lewiatan. Na tę okoliczność Odwołujący przedłożył korespondencję z dnia 9 czerwca prowadzoną w Lewiatan, z której wynika, że producent posiada w ofercie podkłady z PVC i PP. Karta katalogowa produktu, złożona przez wykonawcę Partner XXI Kleks potwierdza jej aktualizację na 11 maja 2020, podczas gdy termin składania ofert przypadał na marzec. Załączona przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami Partner XXI Kleks karta katalogowa zaktualizowana dnia 11 maja 2020r. posiada całkowicie inny numer katalogowy produktu 110884 niż produkt zaoferowany w ofercie.

Zamawiający oraz przystępujący pod jego stronie wykonawca Partner XXI Kleks złożyli pisemne stanowiska w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że w tabeli wypełnionej przez wykonawcę nie podano oznaczenia PP (polipropylen) a Zamawiający nie wymagał podania w tabeli nr katalogowego/indeksu produktu, co oznacza, że nie można w ofercie o te informacje wywodzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto wskazali, że należy czytać całość tabeli z uwzględnieniem rubryki opisującej parametry oferowanego produktu. Zamawiający w wyniku wezwania do udzielania wyjaśnień otrzymał od wykonawcy jednoznaczne potwierdzenie, że podkład będzie wykonany z właściwego materiału. W ocenie Zamawiającego korespondencja przedstawiona przez Odwołującego prowadzona w Lewiatan informująca o braku w ogólnodostępnej ofercie podkładu wykonanego z poliwęglanu nie może stanowić podstawy do uznania, że taki produkt nie zostanie wykonany na zlecenie i dostarczony do zamawiającego w ramach realizacji umowy. To, że Odwołujący uzyskał oświadczenie od Lewiatan, że nie są dla niego dostępne podkłady wykonane w poliwęglanu nie jest wystarczające dla podważenia prawdziwości oświadczenia Wiceprezesa Zarządu złożonego przez Przystępującego Partner XXI Kleks, potwierdzającego, że taki produkt zostanie wykonany. Przystępujący wskazał dodatkowo, że wewnętrzne korespondencje pomiędzy pracownikami Odwołującego a szeregowymi pracownikami spółki Lewiatan nie odnoszą się w żadnym stopniu do przedmiotowego postępowania i stanowią wyrwane z kontekstu zapytania. Korespondencja załączona przez Przystępującego była prowadzona z członkami zarządu Lewiatan, którzy wyraźnie wskazują jakie przedmioty podlegały wycenie i co ewentualnie miałyby być przedmiotem realizacji umowy. Zapytanie Odwołującego skierowane do Lewiatan było zbyt ogólne. Na dowód Przystępujący załączył ponownie korespondencje z dnia 13 maja prowadzoną z p. Jackiem Pieronkiewiczem, dotyczącą tego że zaoferowany produkt podkład PC na biurko 500X70, będzie wprowadzony do sprzedaży w maju 2020r. i jest wykonany w materiale PC(polycarbon) a także z dnia 15 czerwca 2020r., że produkt 1108844 Pokład PC na biurko 500x700 jest dostępny w sprzedaży. Przystępujący wyjaśnił także, że w związku z ogłoszeniem w marcu tego roku stanu pandemii wirusa COVID-19 nastąpiło opóźnienie we wprowadzeniu nowości do kraju.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 2 Opis oferowanego asortymentu w poz. 114 kolumna „Wyszczególnienie artykułów” Zamawiający podał „podkład na biurko – chroni powierzchnię biurka przed porysowaniem, wykonany z poliwęglanu, przezroczysty, wymiary 50cmx70cm np. Maximat. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego Zamawiający wskazał, że wykonawca wypełnia kolumnę nr 3 (oferowany asortyment) wykazu oferowanego produktu tylko w pozycjach, w których wykonawca oferuje produkt równoważny (tj. inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta w formularzu oferty). W kolumnie nr 3 Zamawiający wskazał: producent..., nazwa produktu....

W poz. 114 wykazu oferowanego asortymentu, złożonego przez Partner XXI Kleks wskazano: Producent: Leviatan, nazwa produktu: Podkład D.Rect na biurko 50cmx70cm 00914”.

Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego, iż z poz. 114 (202 - wg numeracji SIWZ) wykazu oferowanego asortymentu, załączonego przez Partner XXI Kleks wynika, że zaoferowany przez tego wykonawcę produkt Leviatan Podkład D.Rect na biurko 50cmx70cm 00914 jest niezgodny z SIWZ, bowiem został wykonany z polipropylenu (PP) a nie jak wymagał Zamawiający z poliwęglanu (PC).

Podany przez wykonawcę w poz. 114 opis oferowanego asortymentu określony za pomocą nazwy producenta, numeru katalogowego w sposób jednoznaczny wskazuje na istniejący w ofercie Leviatan produkt Podkład na biurko D.Direct PP 500x700mm, wykonany z transparentnego PP o grubości 600mic. Izba uznała w tym zakresie jako wiarygodny dowód w sprawie, przedstawioną przez Odwołującego kartę katalogową produktu Leviatan

– Poligrafia sp. z o.o. o nr kat. 00914, czyli odpowiadającym podanemu w poz. 114 wykazu wykonawcy Partner XXI Kleks. Z karty tej wynika, że produkt wykonany jest z polipropylenu (PP).

Niezasadnym jest stanowisko Zamawiającego, iż z uwagi na to, że nie wymagał on podania w wykazie numeru katalogowego produktu przy identyfikacji oferowanego asortymentu numer ten należy pominąć. Wykonawca w sposób dokładny dookreślił oferowany produkt, który był produktem istniejącym w ofercie firmy Leviatan, niestety nie spełniającym wymagania dotyczącego materiału z jakiego miał być wykonany. Twierdzenia, że zaoferowany przez wykonawcę Partner XXI Kleks produkt jest wykonany z poliwęglanu, w sytuacji możliwości jednoznacznej identyfikacji produktu wskazanego w poz. 114 wykazu i znajdującego się w ofercie Leviatan, są zupełnie bezpodstawne.

Z prowadzonej przez Odwołującego korespondencji z Leviatan (4 maja, 15 maja oraz 9 czerwca), którą Izba przyjęła jako dowody w sprawie, jasno wynika, że firma nie posiada w ofercie podkładów na biurko wykonanych z poliwęglanu; producent posiada w sprzedaży podkłady na biurko wykonane z polipropylenu o nr katalogowym 009914 oraz z PVC o numerze katalogowym 110106.

Wg korespondencji z dnia 15 maja 2020r. prowadzonej z p. J. P. – wiceprezesem zarządu Leviatan, złożonej przez Przystępującego jako dowód w sprawie wynika, że oferowany produkt cyt. „Podkład PC na biurko 500X700 będzie, zgodnie z wcześniejszą informacją, wprowadzony do sprzedaży w maju 2020r. Produkt jest wykonany z materiału PC (policarbon) polska nazwa poliwęglan”.

Zauważyć jednak trzeba, że w przywołanej korespondencji przedstawiciel Leviatan wskazał na produkt „Podkład PC na biurko 500X700”, a zatem inny niż opisany w poz. 114 wykazu Partner XXI Kleks produkt „Leviatan Podkład D. Rect na biurko 50cmx70cm 00914”. Już tylko z tych względów, zdaniem Izby, korespondencja na którą powołuje się Przystępujący jest nieprzydatna do rozstrzygnięcia sprawy. Nawet, gdyby jednak przyjąć, że oferowany przez Partner XXI Kleks produkt jest produktem, na który wskazał w korespondencji mailowej p. J. P. to jednak - co istotne - produkt ten zostanie dopiero wprowadzony do oferty Lewiatan w maju. Oznacza to, że na dzień złożenia oferty tj. na 20 marca br. produkt podkład na biurko Leviatan wykonany z poliwęglanu nie istniał i nie był dostępny w ofercie handlowej tego producenta. Dowodzi tego, także karta katalogowa produktu o nr kat 110844 podkład na biurko Leviatan wykonanego z poliwęglanu, która została zaktualizowana 11 maja 2020r., a zatem po terminie składania ofert. Ponadto w treści oferty Partner XXI Kleks brak jakichkolwiek informacji, iż oferowany produkt jest produktem na zamówienie, który ma być wprowadzony do sprzedaży w terminie po składaniu ofert.

Okoliczności sprawy i złożone przez strony dowody w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzają, że wykonawca na dzień składania ofert zaoferował produkt podkład na biurko z polipropylenu, bo inny - wykonany z poliwęglanu - nie był wówczas dostępny w ofercie Leviatan. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uwzględnienie twierdzeń Przystępującego, iż w ofercie składanej w marcu zaoferował produkt wykonany z poliwęglanu, który nie istniał, oznaczałoby, niedopuszczalną zmianę treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na to, że stwierdzone naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Partner XXI Kleks jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: