

Sygn. akt: KIO 704/12

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Katarzyna Prus, Grzegorz Prus Spółka jawna Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „WOLPRES”** z siedzibą w Radomiu, w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Dozoru Technicznego** 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 **Katarzyna Prus, Grzegorz Prus Spółka jawna Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „WOLPRES”** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Urzędu Dozoru Technicznego** na rzecz wykonawcy **Katarzyna Prus, Grzegorz Prus Spółka jawna Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „WOLPRES”** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Dozoru Technicznego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa środków higieny osobistej dla pracowników UDT.*

W dniu 10 kwietnia 2012 r. wykonawca – Katarzyna Prus, Grzegorz Prus Spółka jawna Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „WOLPRES” wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie opisem przedmiotu zamówienia (rozdz. II pkt 2 SIWZ) Zamawiający wymagał dostarczenia mydła toaletowego - w kostce 100 g, dobrze pieniącego się, dobrze usuwającego bród, posiadającego właściwości myjąco - pielęgnujące oraz substancje zapobiegające wysuszeniu skóry dłoni, o delikatnym, świeżym zapachu o jakości nie gorszej niż charakteryzujące się mydło „Palmolive” lub równoważne. Jednocześnie Zamawiający wymagał dołączenia do oferty próbki każdego rodzaju asortymentu w ilości 1 sztuki tj. mydło, krem do rąk, ręcznik, pasta BHP. Próbka każdego spośród artykułów, o których mowa, musi być wykonana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

Odwołujący w poz. 1 formularza cenowego zaoferował Zamawiającemu mydło Palmolive 100 g, tj. produkt wskazany przez Zamawiającego jako minimalny standard jakościowy. Jednocześnie do oferty została załączona próbka ww. produktu. Mimo, iż Odwołujący zarówno do treści oferty, jak i w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty, załączył próbkę tego samego produktu, co wskazany w treści SIWZ (mydło Palmolive 100 g.) to Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a w konsekwencji dokonał jej odrzucenia. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż próbka załączona do oferty ważyła 93 g, natomiast próbka uzupełniona wskutek wezwania ważyła 97 g.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 6 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 30 marca 2001 r. o kosmetykach (Dz. U. Nr 42, poz. 473 ze zm.), na opakowaniu umieszcza się ilość nominalną kosmetyku w opakowaniu w jednostkach masy lub objętości w momencie pakowania. Zgodnie z definicją znajdującą się w przewodniku dla paczkujących pt. Poradnik dotyczący organizacji systemu kontroli wewnętrznej ilości towaru paczkowanego (czerwiec 2009 r.) zamieszczonym na stronie internetowej Głównego Urzędu Miar mydło można zaliczyć do produktów wysychających. Produkt wysychający to produkt żywnościowy lub

chemiczny, którego zawartość może ulegać zmianie po zapakowaniu z powodu procesów biologicznych lub fizycznych zachodzących w produkcie np. ze względu na proces wysychania. Zgodnie z zaleceniami przewodnika: Podczas pakowania producent towaru, który będzie wprowadzany do obrotu jako towar paczkowany powinien stosować procedury kontroli ilości rzeczywistej określone w ustawie o towarach paczkowanych. Natomiast w czasie pozostawiania kosmetyku w obrocie dopuszczalne są odchylenia od nominalnej jego ilości. Przy ilości nominalnej od 50 do 100 g ujemna wartość błędu towaru paczkowanego może wynieść 4,5 g. Zdaniem Odwołującego, ze względu na fakt, że waga uzupełnionej próbki ocenionej przez Zamawiającego wyniosła 97 g, uznać należy, iż w pełni potwierdzała zgodność oferowanego przez Odwołującego mydła z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ (*Opis przedmiotu zamówienia*), przedmiotem postępowania jest dostawa następujących środków higieny osobistej dla pracowników UDT: mydło toaletowe 26.063 szt., krem do rąk 4.637 szt., pasta BHP 83 szt. oraz ręczniki frotte 2.161 szt. W rozdz. II pkt 2.1 Zamawiający zamieścił następujące wymagania dotyczące mydła toaletowego: mydło w kostce 100 g, dobrze pieniące się, dobrze usuwające bród, posiadające właściwości myjąco-pielęgnujące oraz substancje zapobiegające wysuszeniu skóry dłoni, o delikatnym, świeżym zapachu o jakości nie gorszej niż charakteryzujące się mydło „Palmolive” lub równoważne. Zamawiający postanowił, że *wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą i dostarczyć na własny koszt do siedziby Zamawiającego – przed upływem terminu składania ofert – próbkę każdego rodzaju asortymentu w ilości 1 sztuki tj. mydło, krem do rąk, ręcznik, pasta BHP. Próbka każdego spośród artykułów, o których mowa, musi być wykonana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.* Zamawiający nie zamieścił w SIWZ postanowień określających sposób badania przedłożonych próbek.

W *Notatce komisji przetargowej* z 3 kwietnia 2012 r. stwierdzono, że w dniu 24 lutego 2012 r. komisja dokonała oceny próbek pod względem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia i sporządziła zestawienie (pkt 6 *Notatki*), z którego wynika, że mydło zaoferowane przez Odwołującego ma wagę 95 g, co jest niezgodne z SIWZ. Z kolei według

pisma z 20 lutego 2012 r., sporządzonego przez biegłego – pana Artura Czornieja, waga próbki mydła załączonego do oferty nr 4 (oferta Odwołującego) wynosi 98 g.

W dniu 2 marca 2012 r. komisja przekazała próbki do Centralnego Laboratorium Dozoru Technicznego, a 9 marca 2012 r. otrzymano zwrot próbek z protokołem oceny. Waga próbki mydła dostarczonego przez Odwołującego, według tego protokołu, wynosi 93,5659 g.

W dniu 9 marca 2012 r. Zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia próbki oferowanego mydła. W treści wezwania Zamawiający stwierdził: *Próbka proponowanego asortymentu dołączona przez Państwa do oferty, nie jest zgodna z SIWZ – opisem przedmiotu zamówienia, tj. mydło nie posiada minimalnej gramatury 100 g netto (bez opakowania). Jednocześnie Zamawiający przypomina, że uzupełniana próbka musi jednoznacznie odpowiadać nazwie i/lub symbolom oferowanego przedmiotu, określonego przez Państwa w kolumnie nr 3 w formularzu cenowym.*

W *Notatce komisji przetargowej* z 3 kwietnia 2012 r. stwierdzono, że po wezwaniu wykonawców do złożenia próbek, w dniu 15 marca 2012 r. Komisja dokonała oceny uzupełnionych próbek (wg zestawienia w punkcie 11 *Notatki*, próbka mydła dostarczona przez Odwołującego ma masę 97 g.). W dniu 19 marca 2012 r. komisja przekazała próbki do Centralnego Laboratorium Dozoru Technicznego do pana Leszka Zaworki, a w dniu 21 marca 2012 r. otrzymano zwrot próbek z protokołem oceny. Waga próbki mydła dostarczonego przez Odwołującego, wg tego protokołu wynosi 97,6725 g.

W dniu 4 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ze względu na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że: *Zamawiający w toku badania ofert odrzucił ww. ofertę, gdyż próbki artykułów załączone przez Wykonawcę do oferty nie odpowiadają treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia), tj.: próbka mydła waży poniżej 100 g tj. 93 g. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia próbki mydła zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca dostarczył nową próbę mydła, które jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, ponieważ mydło waży poniżej 100 g tj. 97 g.*

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający poinformował również o miejscu dokonania pomiarów (Centralne Laboratorium Dozoru Technicznego w Poznaniu) i wskazał typ wagi, na której dokonano pomiarów. Zamawiający stwierdził, że *wszystkie próbki bydła lub ręcznika nie spełniły wymagań postanowionych przez Zamawiającego. Pomimo pozornie niewielkiej różnicy w wadze np. mydła, która odbiegała od wymaganej*

wagi o np. 5 g, biorąc pod uwagę skalę zamówienia – 26.063 sztuki, łączna masa dostarczonego produktu byłaby o ponad 130 kg mniejsza niż zamawiana. Należy także zwrócić uwagę, że ocenie podlega faktyczna masa próbki a nie masa deklarowana na opakowaniu przez producenta.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze podkreślić należy, że Odwołujący zaoferował mydło wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z informacją podaną przez producenta na opakowaniu, mydło to ma wagę 100 g, tj. zgodną z SIWZ.

Zgodnie z 6 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 30 marca 2001 r. o kosmetykach, na opakowaniu zamieszcza się m.in. informację o ilości nominalnej kosmetyku w opakowaniu w jednostkach masy lub objętości w momencie pakowania. Już sama redakcja powyższego przepisu sugeruje, że masa kosmetyku po zapakowaniu może ulec zmianie. Okoliczność tę Izba uznała za udowodnioną. Odwołujący przedłożył opinię pracownika naukowego Politechniki Radomskiej, w której stwierdza się, że ze względu na skład chemiczny kosmetyku, zmiana jego masy w wyniku przechowywania jest procesem naturalnym, uzależnionym od temperatury, wilgotności otoczenia, ruchu mas powietrza. Odwołujący przedłożył także potwierdzający tę tezę wydruk korespondencji mailowej z przedstawicielem producenta mydła. Ponadto powołał się na postanowienia *Poradnika dotyczącego organizacji systemu kontroli wewnętrznej ilości towaru paczkowanego*, który – mimo że nie jest źródłem prawa – to stanowi źródło wiedzy o faktach dotyczących właściwości poszczególnych rodzajów towarów. Okoliczność tę potwierdza również fakt, że próbki mydła dostarczone przez innych wykonawców również miały masę odbiegającą od masy nominalnej podanej na opakowaniu.

W ocenie Izby, dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia mógł być przez wykonawców rozumiany jako odwołujący się do ilości nominalnej kosmetyku, można więc było na jego podstawie zakładać, że ta właśnie ilość nominalna, podana przez producenta, podlegać będzie ocenie. Sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że opisując wymagania dotyczące mydła, przyjął typową masę tego kosmetyku i nie miał wiedzy o różnicach mogących wystąpić między masą podaną na opakowaniu, a faktyczną ilością

kosmetyku. Ponadto, Zamawiający nie zamieścił w specyfikacji żadnych postanowień dotyczących sposobu oceny dostarczonych próbek, nie poinformował, jakie cechy kosmetyku i w jaki sposób będą badane. W związku z tym, zdaniem Izby, z SIWZ nie wynikał dla Zamawiającego obowiązek zważenia próbek mydła i odrzucenia ofert wykonawców, którzy dostarczyli próbki o masie chociażby w minimalnym stopniu odbiegającej od podanej w specyfikacji.

Niezależnie od powyższego, jeśli nawet Zamawiający zamierzał zweryfikować masę oferowanych kostek mydła (choć taka intencja wprost z SIWZ nie wynika), to należy stwierdzić, że nie określając żadnej tolerancji w zakresie masy dostarczonych próbek, nie przeanalizował dostatecznie specyfiki przedmiotu zamówienia i w konsekwencji postawił wymagania nierealne. Jak bowiem wskazano powyżej, zmiana masy tego kosmetyku w określonych granicach jest procesem naturalnym, uwarunkowanym jego składem chemicznym i procesami zachodzącymi po jego zapakowaniu. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców konsekwencji swoich zaniedbań na etapie opracowywania SIWZ. Natomiast podnoszony przez Zamawiającego zarzut niezaskarżenia przez Odwołującego postanowień specyfikacji na wcześniejszym etapie postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Z postanowień tych nie wynikało bowiem, że Zamawiający przyjmie taki sposób oceny próbek, zatem potrzeba skorzystania ze środków ochrony prawnej zaktualizowało się dopiero na etapie oceny oferty Odwołującego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że nawet jeśli opis przedmiotu zamówienia był wadliwy (ze względu na niedopuszczenie określonego poziomu tolerancji w zakresie wagi), Zamawiający zobowiązany był konsekwentnie stosować się do tego opisu i odrzucić oferty, do których załączono próbki w jakimkolwiek stopniu odbiegającej od wymaganej w SIWZ masy, a w konsekwencji unieważnić postępowanie. Jak już wskazano powyżej, żadne postanowienie SIWZ nie nakładało na Zamawiającego obowiązku zważenia próbek mydła i odrzucenia ofert w razie stwierdzenia niezgodności między masą ustaloną przez Zamawiającego a podaną na opakowaniu przez producenta. Podkreślić należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający nie może oceniać ofert na podstawie nierealnych i niewyartykułowanych wprost w SIWZ założeń i powołując się na obowiązek działania zgodnie ze specyfikacją zmierzać do unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym należało uznać, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie wystąpiły okoliczności faktyczne uzasadniające unieważnienie przedmiotowego postępowania. Wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący: