

Sygn. akt: KIO 3631/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2024 r. przez wykonawcę C.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Natural C.S. w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego C.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Natural C.S. w Gdańsku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego C.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Natural C.S. w Gdańsku rzecz zamawiającego 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3631/24

Uzasadnienie

Zamawiający 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na dostawy pn. „Dostawa środków czystości wraz z rozładunkiem do magazynu 32 WOG w Zamościu” (znak sprawy: ZP/TP/55/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00482002/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 października 2024 r. wykonawca C.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Natural C.S. w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, w skutek czego został naruszony art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie decyzji z 2 października 2024 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie decyzji z 2 października 2024 r. w sprawie odrzucenia oferty Odwołującego oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 16 października 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 21 października 2024 r. Odwołujący złożył pismo zatytułowane „Uzupełnienie odwołania”, w którym wskazał dodatkowy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, którego oferta została odrzucona i który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia tej czynności oraz do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców i złożone przedmiotowe środki dowodowe (w tym karty charakterystyk dla poz. 17 i 49), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Strony, tj. z załączonej do odwołania korespondencji z przedstawicielem firmy MRM Chemicals Sp. z o.o. dotyczącej kwasu cytrynowego oraz załączonego do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wydruku strony internetowej www.tworzywa.com.pl dotyczącego produktu Bathroom speed, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane odpowiednio przez Odwołującego i Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa środków czystości wraz z rozładunkiem do magazynu 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SWZ.

W Rozdziale III ppkt 4) SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca wraz z ofertą i formularzem cenowym winien dołączyć zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r.w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin – karty charakterystyki dla produktów będących substancjami lub mieszaninami. Karty te należy dostarczyć wraz z formularzem cenowym. Dotyczy poz. z opisu przedmiotu zamówienia nr 1, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 36, 37, 48, 49, 51.

W Rozdziale XII.A pkt 4 SWZ Zamawiający wskazał, że w celu sporządzenia oferty należy złożyć m.in. wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 3 do SWZ), wypełniony formularz cenowy (załącznik nr 1 do oferty), przedmiotowe środki dowodowe: karty charakterystyki dla produktów będących substancjami lub mieszaninami. Dotyczy poz. z opisu przedmiotu zamówienia nr 1, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 36, 37, 48, 49, 51 – zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r.w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin.

W Rozdziale XVI pkt 20 SWZ Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

We wzorze formularza cenowego w kolumnie „Asortyment” zawarto opis zamawianych produktów odpowiadający opisowi przedstawionemu w załączniku nr 1 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W poz. 17 wskazano: Preparat do usuwania kamienia i rdzy. Preparat przeznaczony do usuwania zanieczyszczeń z rdzy i kamienia z urządzeń sanitarnych, wykorzystywany do czyszczenia kafelek, armatury, sprzętów. Opakowanie o pojemności od 500ml do 1L W poz. 49 wskazano: Odkamieniacz do zmywarek 25kg. Preparat stosowany do chemicznego czyszczenia urządzeń ciśnieniowych. Bezpieczny dla środowiska i czyszczonych powierzchni – po neutralizacji popłuczyny mogą być spuszczone do kanalizacji. Preparat bezpieczny – nie jest preparatem żrącym. Środek o bardzo dużej prędkości roztwarzania osadów kamienia przy niskiej korozyjności w stosunku do różnych rodzajów stali i stopów. Nie narusza uszczelnień. Środek nie jest agresywny w stosunku do lutu zwykłego i miedzianego. Preparat w postaci proszku. Opakowanie: minimum 25 kg. Wykonawcy w tabeli zawartej w formularzu cenowym mieli podać m.in. nazwę producenta, nazwę produktu, parametry produktu.

W postępowaniu złożono osiem ofert. Odwołujący w formularzu cenowym w poz. 17, w kolumnie „Asortyment oferowany przez wykonawcę” wskazał: Preparat do usuwania kamienia i rdzy. Preparat przeznaczony do usuwania zanieczyszczeń z rdzy i kamienia z urządzeń sanitarnych, wykorzystywany do czyszczenia kafelek, armatury, sprzętów. Bathroom Speed. Producent Ecochem. Opakowanie 1l. Do oferty Odwołujący dla poz. 17 załączył kartę charakterystyki Bathroom Speed, produkcja Ecochem S.R.L. W poz. 49 Odwołujący wskazał Odkamieniacz do zmywarek 25kg. Preparat stosowany do chemicznego czyszczenia urządzeń ciśnieniowych. Bezpieczny dla środowiska i czyszczonych powierzchni – po neutralizacji popłuczyny mogą być spuszczone do kanalizacji. Preparat bezpieczny – nie jest preparatem żrącym. Środek o bardzo dużej prędkości roztwarzania osadów kamienia przy niskiej korozyjności w stosunku do różnych rodzajów stali i stopów. Nie narusza uszczelnień. Środek nie jest agresywny w stosunku do lutu zwykłego i miedzianego. Preparat w postaci proszku. Opakowanie: 25 kg. Producent: LAIWU. Do oferty Odwołujący dla poz. 49 załączył kartę charakterystyki produktu Kwas cytrynowy jednorodny, dostawca karty charakterystyki MRM

Chemicals.

Zamawiający w piśmie z 2 października 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający w kontekście poz. 17 stwierdził, że według karty charakterystyki produkt ma zastosowanie do usuwania kamienia, z karty charakterystyki nie wynika natomiast, że zaoferowany środek usuwa również rdzę, jak wymagał tego Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia. W kontekście poz. 49 Zamawiający stwierdził, że z opisu wskazanego w karcie charakterystyki nie wynika, że jest to karta dotycząca zaoferowanego produktu, a tym samym Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Bezsporna pozostaje również w tym przypadku niedopuszczalność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień do treści oferty trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby do poprawienia bądź uzupełnienia oferty, która nie spełnia wymagań SWZ. Jak również uzasadnienia – w świetle przepisów ustawy Pzp – nie znajduje możliwość poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SWZ w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie wypełnia zastrzeżenia tamże zawartego o omyłce niepowodującej istotnych zmian treści oferty. Powyższe niezaprzeczalnie prowadziłoby do zmiany co do zakresu oferowanych przez Wykonawcę produktów, co zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jest niedopuszczalne po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby odwołanie było wadliwe zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno zawierać w szczególności wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia a także wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytaczanych okoliczności. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, wobec tego granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu (tak m.in. wyrok KIO z dnia 30 października 2023 r, sygn. akt KIO 3044/23, wyrok KIO z dnia 18 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3389/23).

W rozpoznawanej sprawie w odwołaniu nie wyodrębniono w sposób czytelny czynności, wobec których wnoszone jest odwołanie, jedynie w oparciu o przedstawione uzasadnienie można domyślać się, że Odwołującemu chodziło o zaskarżenie czynności odrzucenia jego oferty. Niemniej jedynym zarzutem postawionym w odwołaniu był zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie kwestionował przy tym oferty wybranego wykonawcy ani punktacji przyznanej temu wykonawcy w kryteriach oceny ofert. W odwołaniu nie postawiono zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który to przepis był podstawą działania Zamawiającego i który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzupełnienie zarzutów przez Odwołującego w piśmie złożonym na rozprawie poprzez podniesienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, ponieważ zarzuty odwołania muszą zostać skonkretyzowane w terminie na wniesienie odwołania, który jest terminem zawitym, niepodlegającym przywróceniu. Co więcej, w odwołaniu nie postawiono także zarzutów, które referowałyby do instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 ustawy Pzp) czy wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższe zaniechanie Odwołującego uniemożliwiło dokonanie przez Izbę kompleksowej oceny w sprawie, w szczególności czy w okolicznościach stanu faktycznego zasadne byłoby skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści oferty lub treści przedmiotowych środków dowodowych (kart charakterystyk), jak i czy zasadne byłoby skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia kart charakterystyk, skoro to właśnie informacje wskazane w kartach charakterystyk były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Tak skonstruowane odwołanie siłą rzeczy, już tylko z przyczyn formalnych, nie mogło zostać uwzględnione. Niemniej również merytoryczne stanowisko Odwołującego w ocenie Izby nie było zasadne.

Odnosząc się do argumentacji wskazanej w uzasadnieniu odwołania dotyczącej poz. 17 formularza cenowego, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł, że zaoferowany produkt Bathroom Speed posiada właściwości usuwania

rdzy. Okolicznością bezsporną w sprawie było to, że Zamawiający wymagał zaoferowania preparatu do usuwania kamienia i rdzy, przeznaczonego do usuwania zanieczyszczeń z rdzy i kamienia z urządzeń sanitarnych, wykorzystywany do czyszczenia kafelek, armatury, sprzętów. Odwołujący złożył kartę charakterystyki ww. produktu, w której zidentyfikowano zastosowanie jako „anty-wapień środek czyszczący do łazienki”. Wskazano również, że nie należy używać produktu do celów innych niż wymienione. Dokument ten przeczył zatem okoliczności, że zaoferowany produkt jest przeznaczony do usuwania zanieczyszczeń z rdzy. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, jako znajdujące oparcie w Rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady 1907/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH), utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywę Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE, że karta charakterystyki powinna zawierać informacje o właściwościach (zastosowaniu) produktu. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ww. Rozporządzenia dostawca substancji lub preparatu dostarcza odbiorcy substancji lub preparatu kartę charakterystyki sporządzoną zgodnie z załącznikiem II. Załącznik II do ww. Rozporządzenia zawiera zaś wymagania dotyczące sporządzania kart charakterystyki, wśród których w pkt 1.2 wskazuje się, że należy podać przynajmniej krótki opis zidentyfikowanych zastosowań (na przykład czyszczenie podłóg lub zastosowanie przemysłowe w produkcji polimerów lub profesjonalne zastosowanie w środkach czyszczących) istotnych dla odbiorcy (-ów) substancji lub mieszaniny. Wśród zastosowań wskazanych w złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą karcie charakterystyki nie ma informacji o usuwaniu rdzy. Jeżeli pomimo tego faktu Odwołujący twierdził, że produkt Bathroom Speed posiada właściwości usuwania rdzy (ponieważ w karcie charakterystyki wskazano na to, że składnikiem produktu jest kwas fosforowy), to powinien był powyższe wykazać. Odwołujący nie złożył jednak żadnych dowodów na tę okoliczność, np. wspomnianych podczas rozprawy kart produktu. Stanowisko Odwołującego pozostało całkowicie gołosłowne, podczas gdy w ocenie Izby jeżeli produkt faktycznie posiadałby właściwości odrdzewiające, to dowiedzenie tego faktu nie powinno powodować trudności. Z kolei Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie wydruk z ogólnodostępnej strony internetowej, z którego wynika, że produkt Bathroom Speed marki ECOCHEM to „odświeżający, odkamieniający oraz odtłuszczający preparat do umywalk, armatury, wanien i pryszniców, który skutecznie usuwa uporczywy brud i kamień oraz odświeża czyszczone powierzchnie”. Nie ma tu mowy o właściwościach odrdzewiających. Tym samym twierdzenia Odwołującego Izba uznała za niewykazane.

Odnosząc się do poz. 49 formularza cenowego Izba stwierdziła, że prawidłowo Zamawiający uznał, że nie jest możliwe ustalenie czy złożona dla tej pozycji karta charakterystyki dotyczy zaoferowanego produktu firmy LAIWU. W oparciu o treść formularza cenowego można poznać wyłącznie producenta zaoferowanego produktu, mimo że Zamawiający wymagał wskazania również nazwy produktu. W karcie charakterystyki jako dostawcę karty wskazano inny podmiot, a zaoferowany produkt zidentyfikowano jako kwas cytrynowy jednowodny. Okoliczność czy w takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień (ewentualnie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych) pozostaje poza oceną Izby w sprawie, z uwagi na brak podniesienia stosownych zarzutów. W oparciu o argumentację przedstawioną w odwołaniu należało jednak stwierdzić, że Odwołujący nie przeczył, że zaoferował właśnie kwas cytrynowy jednowodny jako odkamieniacz do zmywarek, a jego producentem jest LAIWU (okoliczność tę potwierdza także załączona do odwołania korespondencja z firmą MRM Chemicals Sp. z o.o.). Podkreślić w takiej sytuacji należy, że Zamawiający wyraźnie wymagał zaoferowania odkamieniacza do chemicznego czyszczenia urządzeń ciśnieniowych, odkamieniacza do profesjonalnych, przemysłowych zmywarek, służących codziennej obsłudze kilku tysięcy osób. Tymczasem z przedstawionej przez Odwołującego karty charakterystyki wprost wynika, że zaoferował on produkt stanowiący surowiec dla przemysłu spożywczego i farmaceutycznego, a nie odkamieniacz. Zresztą Odwołujący sam przyznał podczas rozprawy, że kwas cytrynowy jednowodny nie jest odkamieniaczem, a jedynie posiada pewne właściwości odkamieniające. Nie takiego produktu Zamawiający oczekiwał. Nie sposób porównywać możliwości użycia kwasu cytrynowego do usunięcia kamienia z czajnika w gospodarstwie domowym (na co powołał się Odwołujący podczas rozprawy) z użyciem tego produktu jako odkamieniacza do profesjonalnych, szeroko eksploatowanych, urządzeń ciśnieniowych. Również wskazana w korespondencji z MRM Chemicals Sp. z o.o. okoliczność, że produkt ten może być użyty „jako odkamieniacz”, nie powoduje, że jest on odkamieniaczem, którego wymagał Zamawiający, mającym zastosowanie do chemicznego czyszczenia przemysłowych urządzeń ciśnieniowych. Okoliczność taka nie została wykazana.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:.....