

WYROK

Warszawa, dnia 21 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
29 kwietnia 2024 r. przez odwołującego C.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N.C., ul. Al. Grunwaldzka 303,
80-214 Gdańsk
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy
z siedzibą w Olsztynie,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: A.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.D., ul.
Kombatantów 1, 15-110 Białystok

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego: 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Olsztynie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od Odwołującego C.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N.C., ul. Al. Grunwaldzka 303, 80-214 Gdańsk na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego.

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.

Przewodniczący

Uzasadnienie

22 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Olsztynie (dalej: Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym
pn.: „Dostawa środków czystości i higieny” (Numer referencyjny: 22WOG-ZP.2712.11.2024 /T/31/2100/D/PMN) zwane
dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 marca 2024 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem
2024/BZP 00263881/01.

29 kwietnia 2024 r. wykonawca C.S. prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą N.C., ul. Al. Grunwaldzka 303, 80-214 Gdańsk (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i sformułował następujące
zarzuty:

„Działając na podstawie Regulaminu Udzielania Zamówień w 22 Wojskowym Oddziale Gospodarczym w Olsztynie Dział
III pkt 1 a w następstwie art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2015 poz. 2164 z późn. zm.) -
Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 poz. 964)
wnosimy odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w dot. przetargu nieograniczonego
(...).

W związku z podjętymi czynnościami przez Zamawiającego w wymienionym powyżej postępowaniu, Odwołujący
zarzuca Zamawiającemu, że dokonał bezpodstawnego wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz nie odrzuceniu oferty firmy
MAT-CHEM, które nie spełniają wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, wskutek czego w Postępowaniu

zostały naruszone przepisy:

- 1)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2)art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, który to złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszelkie warunki udziału w postępowaniu, w szczególności postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
- 4)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania;
- 5)art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferenta wybranego niezgodnie z przepisami ustawy.

I. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości;
- 2)unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3)odrzućcenie ofert firm PPHU Dafi oraz Mat-Chem jako niezgodnych ze SWZ;
- 4)wybór ofert firmy N.C. jako najkorzystniejszej”.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

„(...) Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych.

W dniu 24 kwietnia 2024 roku Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego. Zgodnie z treścią pisma, Zamawiający działając na podstawie pkt.15.1 lit. wybrał ofertę bez względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. 1) „Wymagany w pozycji nr 1 Płyn do mycia naczyń i szkła. Produkt do użytku profesjonalnego, wysoce skoncentrowany, dozowanie 5-10 ml na 5 l wody, pH ok. 6, gęstość względna co najmniej 1,028 g/cm³.

Pojemność 5-10 l. Wymagana aktualna karta charakterystyki

Zarówno firma Dafi jak i Mat-Chem zaproponowały produkt niezgodny ze specyfikacją zamówienia, a mianowicie:

Firma Dafi zaoferowała produkt: Efekt Extra wyprodukowany przez firmę Polin. Zauważyć należy, że firma Polin nie jest producentem wyrobów profesjonalnych tylko chemii gospodarczej oraz kosmetyków. Ponadto jak wynika z treści zawartej w karcie charakterystyki płyn Efekt Extra posiada gęstość względną 1,045±0,04 czyli minimalna wartość pH wynosi 1,005 co jest niezgodne z treścią SIWZ.

Firma Mat-Chem zaproponowała produkt o nazwie Lucek firmy Inco, który nie jest produktem profesjonalnym. Płyn Lucek w karcie charakterystyki nie posiada informacji o profesjonalnym przeznaczeniu produktu. W pkt 9.1 karty charakterystyki widnieje informacja o wartości pH, które wynosi 4.5-8.5 zamiast oczekiwanego ok.6. Gęstość względna oczekiwana co najmniej 1,028 natomiast Lucek posiada gęstość względną 1,025 kg/m³

Na wstępie chcemy podkreślić, iż Zamawiający w powyżej cytowanym wyborze ukazuje całkowity brak „dochowania należytej staranności oraz dokonania rzetelnego badania złożonych ofert”, a wynika on z faktu, iż Zamawiający nie odniósł się do pisma Odwołującego wykazującego niezgodności ofert firm Dafi oraz Mat-Chem.

dowód: odwołanie do Zamawiającego, karty charakterystyk produktów Efekt Extra, oraz Lucek, katalog produktów firmy Polin, katalog produktów konsumenckich firmy Inco

Na podstawie powyższego stanu faktycznego i prawnego, w przekonaniu Odwołującego, taki sposób postępowania Zamawiającego, narusza art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp. Zamawiający nie wybrał bowiem oferty Odwołującego, która była zgodna z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przede wszystkim poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, który to złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszelkie warunki udziału

w postępowaniu, w szczególności postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ

z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu. Co za tym idzie Zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości

i rzetelności prowadzonego postępowania jak również dokonał wyboru oferenta wybranego niezgodnie z przepisami ustawy (...).”

16 maja 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający zaprzeczył przy tym stanowisku i twierdzeniem Odwołującego podnosząc, że w jego ocenie wybór oferty Przystępującego był prawidłowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605). Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający w sposób prawidłowy podał w SWZ informacje na temat podstaw prawnych prowadzonego postępowania (pkt III SWZ):

1. „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) [zwanej dalej także „ppz”].
2. Zamawiający przewiduje możliwość negocjacji w ramach kryterium oceny ofert tj. ceny, w takim przypadku będzie postępował zgodnie z art. 287 ust. 1 lub 3 Ustawy ppz”.

W zakresie przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej Zamawiający podał w SWZ następujące informacje:

„XXIV. POUCZENIE O ŚRODKACH OCHRONY PRAWNEJ

1. Odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

2. Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

3. Odwołanie wnosi się w terminach określonych w art. 515 ustawy p.z.p..

4. Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga. Skargę wnosi się do Sądu Okręgowego w Warszawie za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

5. Szczegółowe informacje dotyczące środków ochrony prawnej określone są w Dziale IX „Środki ochrony prawnej” Ustawy p.z.p.”.

Wobec powyższego nie ma wątpliwości, że wykonawcy zostali w prawidłowy sposób poinformowani o podstawach prawnych tak samego postępowania jak i przysługujących im uprawnień w zakresie wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Oferta Odwołującego nie została odrzucona z postępowania.

24 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej

w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: A.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.D., ul. Kombatantów 1, 15-110 Białystok.

Odwołujący wniósł odwołanie na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., tj. ustawy już nie obowiązującej, zastąpionej przez ustawę Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Odwołujący zarzucił przy tym Zamawiającemu (zarzut nr 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 nieobowiązującej już, starej ustawy Pzp, zgodnie z którym:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z

zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 starej ustawy stanowił z kolei: Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przytoczone przepisy uchylonej ustawy Pzp z 2004 r. nie mają zatem identycznego brzmienia jak przepisy obecnej ustawy, w zakresie, w jakim odnosi się ona do podstaw odrzucenia ofert z postępowania. Najbardziej zbliżony do starego art. 89 ust. 1 pkt 2 jest obecny art. 226 ust. 1 pkt 5: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Tym samym porównanie przepisów starej ustawy oraz obecnie obowiązującej prowadzi

do wniosku, że o ile przepisy te są w znacznej mierze podobne, to jednak nie tożsame. Wniosek ten jest o tyle istotny że zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Biorąc zatem pod uwagę jednoznaczną treść odwołania, Izba nie może uznać, że odwołanie w rzeczywistości dotyczyło ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jasnym jest, że intencją Odwołującego było doprowadzenie do uznania przez Izbę, że Zamawiający zaniechał odrzucenia z postępowania ofert niezgodnych z wymogami SWZ. Izba będąc jednak związana zarzutami odwołania,

w wyroku de facto udziela odpowiedzi na pytanie czy zamawiający naruszył wskazane

w odwołaniu przepisy prawa.

W przypadku tego odwołania Izba może na takie pytanie udzielić wyłącznie przeczącej odpowiedzi – Zamawiający nie mógł naruszyć przepisów nieobowiązującej już od kilku lat ustawy.

Co do zarzutów o numerach od 2 do 5 Izba wskazuje, że zarzuty te, oprócz faktu, że dotyczyły naruszenia przepisów nieobowiązującej już ustawy, to nie zawierały również niemal żadnego uzasadnienia faktycznego. Odwołujący poza ogólnikowym stwierdzeniem o braku traktowania wszystkich wykonawców „na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji” nie wyjaśnił jakie konkretne działania bądź zaniechania Zamawiającego miały doprowadzić do naruszenia zasad określonych

w art. 7 ust. 1 i 3 starej ustawy Pzp (i przeniesionych do art. 16 obecnej ustawy Pzp). Stąd mimo, że zarzuty od 2 do 5 nadawały się do merytorycznego rozpoznania na gruncie obecnie obowiązującej ustawy (wobec tożsamego zakresu art. 7 ust. 1 i 3 starej ustawy oraz art. 16 obecnej ustawy Pzp), to podlegały one oddaleniu. Prawdopodobną intencją Odwołującego było podniesienie tych zarzutów, jako wynikowych, wobec zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 starej ustawy Pzp, ale w odwołaniu brak jakiegokolwiek wskazania na temat wzajemnej zależności podniesionych zarzutów. Rolą Izby nie jest domniemywać intencji Odwołującego, stąd oddalenie również tej części odwołania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący