

WYROK

Warszawa, dnia 23 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2023 r. przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

- 1) „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie,**
- 2) NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie,**
- 3) KOMES OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Narodowy Fundusz Zdrowia Dolnośląski Oddział Wojewódzki we Wrocławiu, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

„ABC-Service” Sp. z o.o. we Wrocławiu

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Narodowy Fundusz Zdrowia Dolnośląski Oddział Wojewódzki we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług sprzątania obiektów Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia - w zakresie Części I Wrocław, numer postępowania NFZ01- WAG.251.11.2023 Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Ogłoszenie nr 2023/S 193-602510 z 6 października 2023 r. (dalej: Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 29 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie, NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie, KOMES OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (dalej: Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 stycznia 2024 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 29 grudnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana „ABC-Service” Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: Przystępujący lub ABC). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący odwołał się od czynności badania i oceny ofert, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ABC dla Części I Wrocław, wyboru oferty złożonej przez ABC dla Części I Wrocław jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 punkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ABC dla Części I Wrocław, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca ten nie skonkretyzował przedmiotu swojego świadczenia w sposób wymagany przez Zamawiającego w SWZ, w szczególności nie podał nazw oferowanych materiałów i środków w wykazie, stanowiącym załącznik nr 2.1 do SWZ, oraz zaoferował w wykazie zawartym w załączniku nr 2.1 do SWZ dostarczenie nieistniejących wyrobów o nazwie Merida w pozycjach: ręczniki typu ZZ, ręczniki w rolce i papier toaletowy- duże rolki,
2. art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2), art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty ABC dla Części I Wrocław jako najkorzystniejszej, mimo że podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty ABC jako oferty najkorzystniejszej dla Części I Wrocław,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez ABC jako oferty najkorzystniejszej dla Części I Wrocław.

Zamawiający żądał oddalenia odwołania w całości. Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Odwolujący powoływał się na dokumentację postępowania oraz złożył dowody dokumentowe w postaci katalogu produktów Merida, cennik produktów Merida oraz przykładowych kart technicznych produktów Merida papierów toaletowych i ręczników.

Przystępujący przedłożył fragmenty ww katalogu i cennika produktów Merida odnoszących się do oferowanych papierów toaletowych i ręczników.

Izba dopuściła wnioskowane dowody. Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: SWZ, oferty Przystępującego oraz oraz dodatkowo przedłożonych dowodów dokumentowych z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ oferty, w tym także ofertę Przystępującego oraz katalog i cennik produktów Merida i karty techniczne produktów Merida biorąc pod uwagę stanowiska procesowe i oświadczenia złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

1. W formularzu ofertowym będącym załącznikiem do SWZ Zamawiający wymienił szereg pozycji, w tym kwestionowane w pozycjach nr 8, 9, 10 w kolumnie drugiej odpowiednio ręczniki typu ZZ z doprecyzowaniem dalszych wymaganych cech, ręczniki w rolce do pojemników firmy Merida z doprecyzowaniem dalszych wymaganych cech, papier toaletowy z doprecyzowaniem dalszych wymaganych cech, pozostawił do wypełnienia kolumnę trzecią zatytułowaną „producent”, kolumnę czwartą zatytułowaną „nazwa” oraz kolumnę piątą zatytułowaną „dokumenty potwierdzające dopuszczenie do odbioru, np. certyfikaty, deklaracje, parametry”. Jednocześnie w uwagach pod tabelą z wykazem produktów poinstruował „niepotrzebne skreślić”. Formularz zawierał także oświadczenia, które wykonawca potwierdzał składając ofertę, w tym: „Wskazane materiały i środki nie mogą ulec zmianie w trakcie realizacji umowy. W przypadku wycofania ze sprzedaży dopuszcza się na dostarczanie materiałów lub środków o parametrach takich samych lub lepszych niż wskazane w ofercie. Dokumenty dostosowane do rodzaju środka, materiału, zgodnie z obowiązującymi przepisami dostarczone będą do Zamawiającego po podpisaniu umowy. Dla środków myjących, czyszczących, posiadających w swym składzie substancje niebezpieczne Wykonawca po podpisaniu dostarczy karty charakterystyki” a także oświadczenia wykonawcy: „OŚWIADCZAM/ Y, że 1. Oferuję/ -my wykonanie przedmiotowego zamówienia przy wykorzystaniu materiałów i środków wskazanych w Wykazie stosowanych materiałów i środków. „
2. Zamawiający nie zawarł innych wymagań ani wskazówek, co do sposobu określenia/ oznaczenia oferowanych produktów, odbiegających od określonych w formularzu ofertowym.
3. W ofercie - „Formularzu ofertowym wykaz stosowanych materiałów i środków oświadczenia,” Przystępujący oświadczył, że oferuje:

L.p.	Środek/ materiał	producent	nazwa	dokumenty potwierdzające dopuszczenie do obrotu, np. certyfikaty, deklaracje, parametry
9	ręczniki typu ZZ, minimum II warstwowe, białe, gofrowane, 100% celulozowe	Merida	Merida	Karta techniczna
10	ręczniki w rolce do pojemników firmy Merida, do pojemników klasycznych, III warstwowe, białe, gofrowane, 100% celulozowe	Merida	Merida	Karta techniczna
11	papier toaletowy, biały, 3-warstwowy - duże rolki	Merida	Merida	Karta techniczna

Nie skreślił żadnej z cech oferowanych produktów i zobowiązał się do dostarczenia produktów zgodnych z SWZ i wykazem.

4. Firma Merida oferuje produkty wymienione w cenniku i katalogu produktów (oba dokumenty zawierają takie same oznaczenia produktów), podobnie karty techniczne;

5. Produkty firmy Merida oznaczane są w odniesieniu do ręczników i papierów toaletowych poprzez wskazanie Merida z rozwinięciem dla danej grupy produktów posiadających różne cechy np. w odniesieniu do produktów typu:

- ręczniki typu ZZ (składane): Merida Economy, Merida Classic, Merida Optimum, Merida Top, Merida Premium No Clog, Merida Top Slim, Merida Optimum Slim,
- ręczniki w rolce: Merida Economy Automatic Maxi, Merida Classic Automatic Maxi, Merida Optimum Automatic Maxi, Merida Top Automatic Maxi, Merida Top Tad Automatic Maxi, Merida Top Eco Automatic Maxi,
- papier toaletowy: Merida Economy, Merida Klasik, Merida Optimum, Merida Top, Merida Premium.

Każdy rodzaj produktu oznaczony jest w katalogu poprzez wskazanie nazwy i doprecyzowanie wszystkich cech wymaganych przez Zamawiającego tj. w odniesieniu do

- ręczników: surowiec, kolor, ilość warstw, własności,
- papieru toaletowego: kolor, ilość warstw.

Produkt opisany jest również innymi poza wymaganymi przez Zamawiającego cechami takimi jak wymiary, opakowanie handlowe, symbol produktu. Cenniki zawiera część cech i dodatkowo ceny jednostkowe i zbiorcze.

Nie wszystkie produkty firmy Merida oznaczone są z użyciem terminu „Merida”.

6. Tylko jeden z produktów firmy Merida danej grupy produktowej tj. ręczniki typu ZZ, ręczniki w rolce oraz papier toaletowy spełniają wszystkie kryteria wymagane SWZ przez Zamawiającego i wskazane w ofercie – Formularzu ofertowym Przystępującego, są to odpowiednio:

- ręczniki typu ZZ (składane) – „Ręczniki składane Merida Top”
- ręczniki w rolce – „Ręczniki papierowe w rolach Merida Premium”
- papier toaletowy – „Papier toaletowy Merida Premium”

Izba w oparciu o oferty wykonawców ustaliła również, że:

7. Wykonawcy oznaczali w kolumnie „nazwa” oferowane produkty poprzez odnoszenie się do pełnej nazwy, wybranych jej elementów, wybranych cech dookreślających produkt, symbolu.

Izba w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, któremu dała wiarę, jako niesprzecznemu z dowodami i niekwestionowanemu, że:

8. Zamawiający sprawdzać będzie zgodność produktów dopiero na etapie realizacji zamówienia, kiedy to przedkładane mają być karty techniczne oferowanego produktu oraz, że oznaczenie zastosowane przez Przystępującego jest dla niego wystarczające wobec jednoczesnego zobowiązania wykonawcy do dostawy produktu spełniającego opisane ofertą - formularzem ofertowym cechy,

9. Produktu firmy Merida są znane Zamawiającego i były przez niego stosowane.

Izba stwierdza, że zarzut sprowadzał się do zakwestionowania sposobu określenia w formularzu ofertowym Przystępującego oferowanego produktu poprzez oznaczenie go w kolumnie nazwa wyłącznie poprzez wskazanie „Merida” bez przytoczenia nazwy danego produktu, która według Odwołującego powinna brzmieć np.: Merida Premium Mini, albo Merida Premium i wiążącej się z tym niemożliwością ustalenia, co faktycznie oferuje wykonawca w ramach oferty oraz że produkt o nazwie Merida nie istnieje.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia / informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub którego oferta jest niezgodna z warunkami postępowania. Niezgodność polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku, jeśli było to wymagane lub zaoferował produkt, usługę niezgodną z określonym warunkiem postępowania. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami.

Równe traktowanie nie jest zaś celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zarzuty odwołania nie zostały wykazane. Oferowane produkty istnieją i jest możliwe, w oparciu o ofertę - formularz ofertowy oraz dodatkowo także ogólnie dostępny katalog produktów firmy Merida ustalenie, jaki produkt – o jakiej nazwie, zgodnej z kluczem przyjętym przez Odwołującego, jest oferowany. Odwołujący nie wykazał też, by Zamawiający traktował oferty z naruszeniem zasady równego traktowania.

Art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny oferty było niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił ofertę. Ciężar dowodowy spoczywający na odwołującym nie zwalnia wykonawcy, którego oferta jest kontestowana z obowiązku wykazania braku zasadności zarzutów. Pasywność może bowiem wiązać się w określonych okolicznościach z poniesieniem procesowych konsekwencji.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów poddając jedynie pod wątpliwość wybrane okoliczności, co przesądziło o oddaleniu odwołania. Fakty poddane pod wątpliwość odwołaniem opierały się na twierdzeniach Odwołującego lub dowodach, które nie stanowiły w ocenie Izby wystarczającego dowodu dla uznania twierdzenia Odwołującego za wykazane.

Twierdzenia procesowe Przystępującego i Zamawiającego znajdują zaś oparcie w dokumentach Postępowania i innych dowodach i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem Zamawiającego. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek odrzucenia ofert wobec ich niezgodności z warunkami zamówienia.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

Wobec niewykazania niezgodności ofert z warunkami Izba stwierdziła, że również zachowaniu Zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia innych przepisów. Pozostałe kwestie stanowiły konsekwencje zachowania Zamawiającego polegającego na pominięciu nie wykazanej niezgodności ofert z SWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :.....