

Sygn. akt: KIO 1560/23

WYROK
z dnia 15 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2023 r. przez Odwołującego –
wykonawcę Metalzbyt- Hurt sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod**

firmą R. T. Firma Handlowa Trebor w Radomsku, zgłaszającego swoje

przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić częściowo odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania jako zarzuty: 1, 2 i 3, tj. w zakresie dotyczącym dokonania czynności badania i oceny oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem wskazanych w treści zarzutów przepisów i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/5 oraz Zamawiającego postępowania w części 3/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania uiszczonego,
 - 3.2. zasądza Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 6 655 zł (słownie: sześć tysięcy sześćset pięćdziesiąt pięć złotych) stanowiącą różnicę pomiędzy wysokością uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionymi przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztami dojazdu a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1560/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Zakup i dostawa farb, lakierów, rozpuszczalników i szpachli” (nr sprawy: 109/2023/D) (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00215237/01 z dnia 15 maja 2023 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 31 maja 2023 r. wykonawca Melazbyt – Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku – Białej (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniu, polegających na:

- a) odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu,
- b) wyboru oferty wykonawcy R. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa Trebor R. T. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- c) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów.

1. Art. 16 Ustawy pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, poprzez ustalenie niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami wyłącznie w oparciu o informacje pochodzące z karty katalogowej producenta farb Malexim HAMERPOL, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. Art. 223 ust. 1 Ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Formularza cenowego;
3. Art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w Postępowaniu w wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;
4. Art. 239 Ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
5. Art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2.ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego;
- 3.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego doszło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy) na realizację dostaw objętych przedmiotem Postępowania, z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący wskazał, że z postanowień Rozdziału III ust. 11 SWZ wynika, że podane w informacji kolumnie nr 4 formularza cenowego pn. „Producent Nazwa handlowa lub/i numer katalogowy oferowanego produktu umożliwiający jego identyfikację” muszą umożliwić Zamawiającemu identyfikację produktu na podstawie ogólnodostępnych informacji (np. strona www / przesłany katalog produktów).

Z kolei z treści zawiadomienia o odrzuceniu wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie w oparciu o informacje pochodzące z karty katalogowej producenta farb Malexim HAMERPOL. W ocenie Zamawiającego, z informacji zawartych w tejże karcie katalogowej wynika jakoby, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu,

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że producenci danego asortymentu nie mają generalnego obowiązku wydawania specyfikacji technicznych, folderów informacyjnych bądź też kart katalogowych tegoż asortymentu. Niezależnie jednak od powyższego należy zwrócić uwagę na fakt, że nie wszystkie specyfikacje techniczne, foldery informacyjne czy też karty katalogowe producentów danego asortymentu, o ile takowe są przez tychże producentów wydawane, zawierają informacje odnoszące się do wszystkich, wymaganych przez danego zamawiającego parametrów produktów, objętych przedmiotem zamówienia w konkretnym postępowaniu. Ponadto producenci danego asortymentu nie mają obowiązku bieżącej aktualizacji danych dotyczących tegoż asortymentu, a zawartych w różnego rodzaju specyfikacji technicznych, folderach informacyjnych czy też kartach katalogowych. Jak bowiem wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. KIO 1388/15): *Karty katalogowe stanowią ogólną, uniwersalną charakterystykę urządzeń i nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania i z uwzględnieniem potrzeb i wymagań danego zamawiającego. Jeśli karty katalogowe, w kształcie wynikającym z opracowania ich przez producenta i unifikacji stosowanych opisów zawierają takie, a nie inne informacje, przewidujące możliwe alternatywne rozwiązania, trudno wykonawcy stawiać zarzuty z tytułu przedstawienia ich w rzeczywistym brzmieniu, a jeszcze trudniej oczekiwać, by wykonawca ingerował w ich treść dostosowując je na potrzeby konkretnego postępowania*. Również w wyroku z dnia 9 listopada 2015 r. (sygn. KIO 2297/15) Izba wskazała, że: *„(...) w warunkach gdy zamawiający nie wymaga złożenia wzorcowego przedmiotu oferty [jego próbki], pozwalającego na empiryczne zbadanie jego cech, nawet gdy wymaga złożenia charakterystyk tego przedmiotu w postaci kart katalogowych, katalogów, ulotek, ogólnie dostępnych informacji o ofercie rynkowej, opisujących niejednokrotnie w pewnym uproszczeniu cechy danego urządzenia albo wystawianych dla całej klasy urządzeń [ich rodziny], każdorazowo zrekonstruowanie przez innego niż dany oferent wykonawcę przedmiotu tej oferty będzie narażone na ryzyko niewłaściwej identyfikacji przedmiotu oferty. Nie można też wykluczyć sytuacji, że w konkretnej sytuacji przedmiot oferty zostanie dostosowany w stosunku do standardowej charakterystyki podstawowego modelu danego urządzenia z uwzględnieniem wymagań stawianych przez danego zamawiającego, co jest tym bardziej uzasadnione względami ekonomicznymi, jeśli mamy do czynienia z zamówieniem operującym relatywnie dużym wolumenem zamówienia. W takim bowiem wypadku nie można wykluczyć, że dany wykonawca zdecyduje się – na potrzeby tego postępowania – na wytworzenie lub zlecenie wytworzenia przez producenta urządzeń, które na bazie standardowego produktu będą spełniały indywidualne wymagania Zamawiającego, to jest zostaną w określonym zakresie dostosowane lub zmodyfikowane wobec standardowo dostępnej oferty. Karta katalogowa nie musi przecież opisywać wszystkich właściwości oferowanego przedmiotu, w szczególności, gdy zaoferowano przedmiot niestandardowy, dostosowany do konkretnych potrzeb. Wbrew eksponowanym przez Odwołującego na rozprawie argumentom, nie ma przy tym obowiązku, by wykonawca w składanej ofercie, określając w taki lub inny sposób przedmiot oferty – jeśli zamawiający tego nie wymaga – wskazywał, czy i na ile oferowany przedmiot odbiega od standardowo dostępnego w powszechnej dystrybucji sprzętu tego samego rodzaju i w szczególny sposób zaznaczał wprowadzone przez siebie [czy też producenta urządzeń na swoje zlecenie] ewentualne odstępstwa od standardowej oferty.”*

Dlatego też Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu, wyłącznie na podstawie danych pochodzących z karty katalogowej producenta farb Malexim HAMERPOL (przywołanej w treści zawiadomienia o odrzuceniu), naruszył dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy, jak również dyspozycję art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy, a także dyspozycję art. 16 Ustawy.

Choć nie wynika to wprost z treści zawiadomienia o odrzuceniu Odwołujący, z daleko idącej ostrożności, przyjął założenie, że Zamawiający zapoznał się kartą katalogową producenta farb Malexim HAMERPOL (przywołaną w treści zawiadomienia o odrzuceniu) za pośrednictwem odpowiednich stron internetowych, na co pośrednio wskazują postanowienia Rozdziału III ust. 11 SWZ, z których wynika, że informacje przedstawione przez Odwołującego w kolumnie nr 4 Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ (zwanego dalej: Formularzem Cenowym), muszą umożliwić Zamawiającemu identyfikację produktu (oferowanego przez Odwołującego) na podstawie ogólnodostępnych informacji, w tym m.in. strony www.

Tymczasem jak podkreślił Odwołujący, producenci danego asortymentu nie mają obowiązku bieżącej aktualizacji danych dotyczących tegoż asortymentu, a publikowanych na różnego rodzaju stronach internetowych. W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że różnego rodzaju strony internetowe nie zawsze zawierają aktualne informacje potwierdzające wszystkie, wymagane przez danego zamawiającego, parametry asortymentu objętego przedmiotem zamówienia, w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc informacje zawarte na różnych stronach internetowych, w szczególności zawierające karty katalogowe danego asortymentu, mają to do siebie, że mogą być zdezaktualizowane lub nie zawierać wszystkich informacji na temat technicznych możliwości danego asortymentu. Podkreślenia wymaga zdaniem Odwołującego fakt, że informacje pochodzące ze stron internetowych w

przeważającej mierze mają charakter marketingowy i prezentują niejednokrotnie informacje sprzeczne ze sobą. W związku z powyższym nie można na ich podstawie ustalić kto i kiedy zamieścił zawarte w nich informacje oraz czy, a jeśli tak, to w jaki sposób i przez kogo ich prawdziwość jest weryfikowana. Jak bowiem wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2013 r. (sygn. KIO 2393/13): „Powołane wydruki z katalogów przedstawiane na stronach internetowych producentów i ich przedstawicieli, mają przede wszystkim walor marketingowy (...)”. Z kolei w wyroku z dnia 19 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 719/11) Izba stwierdziła, że: „Posługiwanie się (...) jako dowodem jedynie informacją pozyskaną ze stron internetowych (...), nawet w przypadku gdy pochodzą one z oficjalnych stron producenta danych urządzeń nie mogą stanowić wystarczającego dowodu powodujące obalenie treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę w treści oferty. Tym samym informacje te nie mogą być same w sobie podstawą podważania prawdziwości oświadczeń wykonawców.” Ponadto w wyroku z dnia 28 października 2014 r. (sygn. KIO 2135/14) podkreślono, że: „Informacje internetowe nie mają charakteru wyczerpującego. Służą one przedstawieniu w sposób skrótowy pewnych informacji o oznaczonym zakresie. Ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy o określonym produkcie, jednak mają one charakter jedynie wprowadzający i ogólny. (...) W sektorze prywatnym brak jest ustawowych regulacji w zakresie minimalnego poziomu informacji, jakie strony internetowe winny zawierać, czy też częstotliwości ich aktualizowania. Informacje zawarte na stronie internetowej producenta mogą co najwyżej uprawdopodobniać istnienie określonych faktów, ale ich w sposób bezpośredni nie dowodzą. (...) Nie dezawuuje się treści zamieszczonych w informacjach internetowych, jednak wskazuje, iż ich celem nie jest dowodzenie określonych faktów, ale przekazywanie określonych informacji bliżej nieokreślonego kręgowi jego użytkowników.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, że informacje dotyczące oferowanego przez niego asortymentu, zawarte na stronach internetowych (stronach www) stanowią wyłącznie materiały informacyjne podmiotu zarządzającego tą stroną internetową, a Odwołujący nie miał i nie ma żadnego wpływu na treść tychże materiałów. Dlatego też Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu, wyłącznie na podstawie danych pochodzących ze strony internetowej, naruszył w ocenie Odwołującego dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy, jak również dyspozycję art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy, a także dyspozycję art. 16 Ustawy.

Odwołujący oświadczył, że asortyment wymieniony przez Odwołującego w treści Formularza Cenowego, a w szczególności wymieniony w pozycjach od nr 19 włącznie do nr 28 włącznie, jest w pełni zgodny z warunkami zamówienia w Postępowaniu, tj. w pełni zgodny z postanowieniami SWZ. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył oświadczenie producenta tegoż asortymentu, tj. pismo spółki Fabryka Farb i Lakierów MALEXIM sp. z o.o. z dnia 31 maja 2023 r.

Mając na uwadze, że:

1) Odwołujący nie złożyłby oferty w Postępowaniu, gdyby którykolwiek z rodzajów asortymentu oferowanego przez Odwołującego, a wskazanego w treści Formularza Cenowego, nie spełniałby wszystkich wymagań Zamawiającego, a także, że:

2) Zamawiający musiał mieć świadomość tego, że nie jest możliwe aby każdorazowo informacje dotyczące asortymentu oferowanego przez Odwołującego, a zawarte w różnego rodzaju kartach katalogowych i/lub pochodzące ze stron internetowych, były wiążące i aktualne, w szczególności w kontekście potrzeb określonego zamawiającego, sformułowanych na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz, że

3) Odwołujący, nie będąc producentem oferowanego asortymentu, w szczególności w kontekście potrzeb określonego zamawiającego, sformułowanych na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma wpływu na treść i aktualność karty katalogowej producenta asortymentu oferowanego w Postępowaniu przez Odwołującego,

Zamawiający winien był zdaniem Odwołującego zwrócić się do niego o wyjaśnienie treści Formularza Cenowego, w oparciu o dyspozycję art. 223 ust. 1 Ustawy. Jeżeli bowiem Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu to jednocześnie oświadczył, że cały asortyment oferowany przez Odwołującego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w treści SWZ. Dlatego Zamawiający, o ile powziął jakiegokolwiek, uzasadnione wątpliwości co do zgodności asortymentu wymienionego w treści Formularza Cenowego, z warunkami zamówienia, określonymi w SWZ, winien był w wezwać Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień w oparciu o dyspozycję art. 223 ust. 1 Ustawy. Zamawiający, w sposób nieuzasadniony, zaniechał skorzystania z tegoż uprawnienia, przez co Zamawiający naruszył dyspozycję art. 223 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn opisanych przez Zamawiającego w treści Zawiadomienia, było w ocenie Odwołującego bezpodstawne. Odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn opisanych w treści zawiadomienia o odrzuceniu, niewątpliwie narusza też uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż mając na uwadze fakt, że Odwołujący nie miał i nie ma żadnego wpływu na zarówno na zawartość kart katalogowych producentów oferowanego asortymentu, jak i na zawartość różnego rodzaju stron internetowych, które zawierają informacje o asortymencie zaoferowanym przez Odwołującego, to oparcie się przez Zamawiającego wyłącznie na informacjach zawartych w tychże kartach katalogowych i/lub na tychże stronach internetowych, jako stanowiących podstawę do stwierdzenia niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu, bez wątplenia narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy, przywołanych w treści niniejszego odwołania, wówczas oferta Odwołującego zostałaby uznana przez Zamawiającego za w pełni zgodną z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a w konsekwencji mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

W dniu 12 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę R. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa Trebor R. T. (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Zakup i dostawa farb, lakierów, rozpuszczalników i szpachli*; Numer referencyjny: 109/2023/D).

W załączniku nr 3 do SWZ zatytułowanym *Opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy*, Zamawiający zawarł specyfikację ilościowo-asortymentową wraz z opisem przedmiotu zamówienia, w której dla pozycji od 19 do 28 wskazał następującą treść (treść w poszczególnych pozycjach formularza z wyjątkiem wskazania koloru farby, który był różny dla poszczególnych pozycji):

Farba Hammerite lub równoważna. Jednoskładnikowa, schnąca na powietrzu do antykorozyjnego i dekoracyjnego bezpośredniego malowania metali żelaznych, zarówno pokrytych rdzą jak i czystych. Zastosowanie: malowanie balustrad, bramek, drzwi, ogrodzeń. Opakowanie: 0,7 L

W sekcji III ust. 11 SWZ Zamawiający wskazał, że informacje w kolumnie nr 4 Formularza „cenowego „Producent Nazwa handlowa lub/i numer katalogowy oferowanego produktu umożliwiający jego identyfikację” muszą umożliwić Zamawiającemu identyfikację produktu na podstawie ogólnodostępnych informacji (np. strona www/przesłany katalog produktów) w przeciwnym wypadku oferta podlegać będzie odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia.

Z kolei w sekcji IV SWZ Zamawiający wskazał, że nie żąda złożenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenia niniejszego zamówienia przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący w przedłożonym z ofertą formularzu, w kolumnie nr 4, zaoferował dla ww. pozycji produkty MALEXIM HAMERPOL (w kolorach odpowiednich dla poszczególnych pozycji).

Pismem z dnia 26 maja 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Jednocześnie wskazano, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że:

W zadaniu nr 1, w pozycjach od 19 do 28 Zamawiający wymagał:

Farba Hammerite lub równoważna. Jednoskładnikowa, schnąca na powietrzu do antykorozyjnego i dekoracyjnego bezpośredniego malowania metali żelaznych, zarówno pokrytych rdzą jak i czystych. Zastosowanie: malowanie balustrad, bramek, drzwi, ogrodzeń. Opakowanie: 0,7 L

Równoważność oznacza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę produktów o innych znakach towarowych, patentach i pochodzeniu, natomiast o takich samych właściwościach wymaganych przez Zamawiającego.

Oferowane przez Wykonawcę METALZBTY-HURT sp. z o. o. w zadaniu nr 1, w poz. 19 do 28 farby Malexim HAMERPOL nie spełniają wymagań Zamawiającego w zakresie malowania metali żelaznych, zarówno pokrytych rdzą jak i czystych. W oparciu o kartę katalogową producenta farb Malexim HAMERPOL znajdujemy następujący opis:

„Powierzchnie stalowe lub żeliwne oczyszczone do Sa 2 lub St 3 wg PN ISO 8501-1:2001.

Niżej opisane normy Sa 2 lub St 3 wg PN ISO 8501-1:2002 na którą producent się powołuje w sposób wnikliwy opisuje przygotowanie powierzchni przed malowaniem, wykluczając tym samym możliwość nakładania farby na powierzchnie pokryte rdzą czego wymagał Zamawiający.

St 3 – Wymagania tak jak dla St 2 z tą różnicą, że powierzchnie należy oczyścić, dopóki nie nabierze metalicznego połysku (od metalicznego podłoża)

Sa 2 – Gruntowna obróbka strumieniowo-ścierna. Na oglądanej bez powiększenia powierzchni nie może być oleju, smaru, pyłu, większych śladów zendry, rdzy, powłoki malarskiej czy obcych zanieczyszczeń. Wszelkie szczątkowe zanieczyszczenia silnie przylegają.

W konsekwencji powyższego Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy METALZBTY-HURT sp. z o. o. w zakresie zadania nr 1 złożoną w przedmiotowym postępowaniu na podstawie ww. przepisów.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 223 ust. 1 Pzp - *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Art. 253 ust. 1 pkt 2) pzp – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że z postanowień sekcji III ust. 11 SWZ wynika, że formularz

cenowy był miejscem, w którym wykonawcy byli zobowiązani określić zaoferowany produkt. Zamawiający przewidział sankcję odrzucenia oferty wyłącznie w sytuacji braku wypełnienia określonych pozycji formularza cenowego lub w sytuacji wskazania informacji o oferowanych produktach, niepozwalających na ich identyfikację. Bezsporne w przedmiotowym postępowaniu było, że Odwołujący powyżej opisany obowiązek spełnił, co wynika z treści formularza ofertowego oraz dalszych czynności dokonanych przez Zamawiającego.

Niesporne jest również, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie żądał przedłożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, które stosownie do treści art. 7 pkt 20 ustawy Pzp stanowią środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oceny że oferowane przez niego produkty nie spełniają wymagań Zamawiającego w zakresie malowania metali żelaznych, zarówno pokrytych rdzą jak i czystych, podjął w oparciu o kartę katalogową producenta, dostępną na stronie internetowej producenta.

W ocenie Izby powyższe działanie Zamawiającego było nieuprawnione. Podstawą do badania zgodności oferty z wymaganiami SWZ są dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie, wymagane w treści SWZ. Pozyskiwanie danych z oświadczeń producenta urzędów, który nie składał oferty w postępowaniu, nie powinno być podstawą oceny oferty. Ponadto nie może być tak, że wynik postępowania, wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie ofert wykonawców, jest uzależniony od wyników poszukiwań Zamawiającego w internecie. Zamawiający w takim celu określa wymagania i dokumenty w treści SIWZ, aby do każdego z wykonawców były zastosowane jednakowe wymagania i zasady. Poszukiwanie przez Zamawiającego potwierdzenia spełnienia wymagań przez oferowane dostawy w internecie czy u producenta, zamiast na podstawie wymaganych dokumentów, nie jest zgodne z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Ponadto dla zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp powinno być możliwe wykazanie, jaki element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. W przedmiotowym przypadku Zamawiający niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia dopatruje się w treści dokumentu, który nie stanowił elementu tej oferty. Z tych względów należy uznać, że Zamawiający nie miał podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

Zasadny jest także zarzut Odwołującego zgodnie z którym Zamawiający w różny sposób potraktował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Fakt, że Odwołujący zaoferował produkty innego producenta, niż produkt referencyjny wskazany w opisie przedmiotu zamówienia nie oznacza, że wykonawca może być potraktowany w inny, mniej korzystny sposób niż inni wykonawcy. W szczególności Zamawiający nie może takiego wykonawcy pozbawić możliwości wykazania, że oferowane przez niego produkty spełniają parametry równoważności określone w specyfikacji, zgodnie z postanowieniami rozdziału III ust. 12 SWZ. W sytuacji gdy Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości winien – w trybie określonym w art. 223 ust. 1 pzp – zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający może bowiem dokonać odrzucenia oferty wykonawcy tylko wtedy, gdy ma pewność, że jest ona niezgodna z treścią SWZ, po uprzednim zbadaniu dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę, nie zaś dokumentów znalezionych we własnym zakresie przez Zamawiającego w internecie.

Przy czym podkreślenia wymaga, że zasada równego traktowania wykonawców wskazuje, że nie jest dopuszczalne różnicowanie wykonawców pod kątem obowiązku składania przez nich przedmiotowych środków dowodowych, zaś zgodnie z art. 106 ust. 1 pzp Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Tym samym jeśli Zamawiający w dokumentacji postępowania nie wskazał konieczności złożenia określonych dokumentów, to nie ma też prawa żądać w dalszych etapach postępowania, by wykonawca takie dokumenty przedłożył.

Z uwagi na powyższe w ocenie Izby Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1. pkt. 5 Pzp bez przeprowadzenia uprzednio czynności zmierzających do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 Pzp oraz w oparciu o wymagania określone w SWZ. W związku z powyższym Izba uznała za zasługujące na uwzględnienie zarzuty naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1 do 3 odwołania.

Jednocześnie w ocenie Izby z treści oferty nie wynika jednoznacznie spełnianie przez oferowany produkt parametrów równoważności określonych przez Zamawiającego w specyfikacji. Z treści formularza nie wynika bowiem czy oferowany produkt posiada parametry użytkowe, funkcjonalne, gabarytowe i jakościowe określone przez Zamawiającego. Z tego względu nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 239 Ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jak wskazano uprzednio wątpliwości w tym zakresie winny być wyjaśnione w toku ponownego badania i oceny ofert w trybie wskazanym w art. 223 ust 1. Ustawy pzp.

Ponadto nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) pzp. Zamawiający. Przepis ten wskazuje, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający sprecyzował, które produkty uznał za niespełniające jego wymagań, wskazał które to wymagania oraz dlaczego i w oparciu, o które dokumenty i postanowienia dokumentacji postępowania Zamawiający uznał ofertę za niezgodną z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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: