Sygn. akt: KIO 1374/23

WYROK
z dnia 25 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2023 r. przez: **wykonawcę Metalzbyt- Hurt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Bardowskiego 2**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Komenda Portu Wojennego Świnoujście z siedzibą w Świnoujściu, ul. Kontradmirała Włodzimierza Steyera 28**
przy udziale **wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: R. T. FIRMA HANDLOWA TREBOR z siedzibą w Radomsku, ul. Gerwazego 4**zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1374/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Metalzbyt-Hurt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Bardowskiego 2 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w szczególności przez dokonanie analizy zgodności złożonych kart charakterystyk z warunkami zamówienia,**
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Komenda Portu Wojennego Świnoujście z siedzibą w Świnoujściu, ul. Kontradmirała Włodzimierza Steyera 28** 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 Metalzbyt- Hurt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Bardowskiego 2** tytułem wpisu od odwołania,
   - 2.2.zasądza od **Skarb Państwa – Komenda Portu Wojennego Świnoujście z siedzibą w Świnoujściu, ul. Kontradmirała Włodzimierza Steyera 28**na rzecz **Metalzbyt- Hurt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Bardowskiego 2**kwotę 11 418 zł. 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wydatków pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 1374/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym Dostawa technicznych środków materiałowych dla KPW Świnoujście z podziałem na części" (nr referencyjny 05/KPW/TO/2023) zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2023/BZP 00174387/01.
W dniu 11 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.
W dniu 16 maja 2023 r. odwołanie wniósł Metalzbyt- Hurt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Bardowskiego 2. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 16 maja 2023 r.
Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego w zakresie części nr 1, objętej przedmiotem postępowania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :
1. Art. 16 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to przez nieuzasadniony wybór oferty Trebor jako najkorzystniejszej, nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, jak również przez zaniechanie przedstawienia odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego;
2. Art. 17 ust. 2 ustawy przez udzielenie zamówienia Trebor wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w sytuacji gdy zamawiający nie wykazał aby oferta odwołującego podlegała odrzuceniu w postępowaniu;

3. Art. 18 ust. 1 ustawy przez zaniechanie przedstawienia odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego;
4. Art. 107 ust. 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r., do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Rozdziale X SWZ dla części nr 1 przedłożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego;
5. Art. 226 ust. 1 ustawy wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu w postępowaniu, a w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że odwołujący nie złożył / nie uzupełnił przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Rozdziale X, w postaci aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego;
6. Art. 239 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
7. Art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy przez 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.
Wniósł o:
1. Uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania;
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania;
3. Unieważnienie czynności wyboru oferty Trebor jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania;
4. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty odwołującego, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania;
5. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, że w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, opisanych powyżej, doszło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego, a konsekwencji nieuzasadnionego wyboru oferty Trebor jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania i jednoczesnego zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania. W związku z powyższym odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy) na realizację dostaw objętych przedmiotem postępowania, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania, z uwagi na fakt, że oferta odwołującego jest w pełni zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu.
Na mocy zawiadomienia z dnia 11 maja 2023 r. (zwanego dalej: zawiadomieniem) zamawiający dokonał wyboru oferty Trebor jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzucił ofertę odwołującego w postępowaniu w zakresie części nr 1, objętej przedmiotem postępowania. Odwołujący nie zgadza się z tymże stanowiskiem zamawiającego, a to z następujących powodów;

1.Odrzucenie oferty odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału X ust. 1 SWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania, zamawiający żąda aktualnych kart charakterystyki oferowanych preparatów przygotowanych zgodnie z Rozporządzeniem WE 1907/2006 (REACH), preparaty muszą być sklasyfikowane zgodnie z Rozporządzeniem WE 1272/2008, zgodność ta musi być potwierdzona w dostarczonych kartach charakterystyki oferowanych preparatów. Jak zatem wynika z powyższego co prawda zamawiający żądał aktualnych kart charakterystyki oferowanych preparatów, na potwierdzenie, że preparaty te spełniają wymagania zamawiającego, jednakże treść tychże kart charakterystyki była warunkowana wyłącznie przepisami Rozporządzenia WE 1907/2006 oraz przepisami Rozporządzeniem WE 1272/2008. Inaczej mówiąc zamawiający był uprawniony do kwestionowania aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego wyłącznie gdyby treść tychże kart była niezgodna z przepisami Rozporządzenia WE 1907/2006 oraz przepisami Rozporządzeniem WE 1272/2008. Ponadto, nawet gdyby aktualne kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego, przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą były niezgodne z wymaganiami zamawiającego, w przedstawionym powyżej zakresie, czy też gdyby odwołujący nie przedłożył tychże kart charakterystyki wraz z ofertą, wówczas zamawiający był zobowiązany wezwać odwołującego do uzupełnienia tychże kart charakterystyki.
Jak bowiem wynika z postanowień Rozdziału X ust. 3 SWZ, jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia – art. 107 ust. 2 ustawy. Tymczasem zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, jak domyśla się odwołujący (o czym szerzej w pkt 2 uzasadnienia niniejszego odwołania) z uwagi na rzekomą niezgodność oferty odwołującego z warunkami zamówienia, mimo, że odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r., do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Rozdziale X SWZ dla części nr 1,

przedłożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego. Tym samym zamawiający dopuścił się w ten sposób naruszenia dyspozycji art. 107 ust. 2 ustawy, a w konsekwencji naruszenia dyspozycji art. 226 ust. 1 ustawy, a w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy, oraz naruszenia dyspozycji art. 239 ustawy, jak również naruszenia dyspozycji art. 16 ustawy i art. 17 ust. 2 ustawy.

2.Uzasadnienie przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Z dyspozycji art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy wynika, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem zamawiający nie wskazał (nie sformułował) w treści zawiadomienia jakichkolwiek przyczyn odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania. Odwołujący jedynie domyśla się, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego może być rzekoma niezgodność oferty odwołującego z warunkami zamówienia (o czym o czym szerzej w pkt 1 uzasadnienia niniejszego odwołania). Jednakże zamawiający w żadnej mierze nie opisał (nie uzasadnił) dlaczego w jego ocenie preparaty oferowane przez odwołującego są rzekomo niezgodne z warunkami zamówienia (a więc z opisem przedmiotu zamówienia), w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania. Tym samym zamawiający dopuścił się w ten sposób naruszenia dyspozycji art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy, jak również naruszenia dyspozycji art.16 ustawy oraz art. 18 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania, było bezpodstawne. Odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania, niewątpliwie narusza też uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. W ocenie odwołującego, gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, do czego wg stanowiska odwołującego nie było podstaw, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w zakresie części nr 1 objętej przedmiotem postępowania.

W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 18 maja 2023 r. wykonawca R. T. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą: R. T. FIRMA HANDLOWA TREBOR ul. Gerwazego 4, 97-500 Radomsko zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Żeby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Lege non distinguente za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby przyjęte jest szerokie postrzeganie tego interesu. Jak przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10.12.2015 r., KIO 2575/15, LEX nr 1978086, zgłaszający przystąpienie może się powoływać na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, do której przystępuje. Interes ten polega na tym, że zamawiający wybrał ofertę przystępującego dotyczącego realizacji części pierwszej zamówienia objętego przedmiotem postępowania jako najkorzystniejszą. Zamawiając uzyskał zatem możliwość uzyskania zamówionych produktów zgodnych z warunkami SIWZ na najkorzystniejszych warunkach. Zamawiający prawidłowo ocenił, iż oferta odwołującego winna zostać odrzucona. Na skutek wniesienia przez odwołującego odwołania wybór oferty w pełni prawidłowej przystępującego został podważony, co w konsekwencji może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia i jego realizację w tym postępowaniu, co bez wątpienia narusza interes przystępującego. W związku z powyższym przystępujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy) na realizacje dostaw objętych przedmiotem postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia (zad.1) objętych przedmiotem postępowania. Oferta przystępującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i została wybrana jako najkorzystniejsza. Brak uzyskania zamówienia i jego realizacji spowoduje powstanie wymiernej szkody po stronie przystępującego.

Przystępujący doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej.

Przystępujący przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W załączeniu kopia potwierdzenia wystosowania zgłoszenia do zamawiającego i odwołującego. Wbrew oświadczeniu do zgłoszenia nie dołączono dowodu przekazania kopii zgłoszenia stronom. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, kart charakterystyki złożonych na wezwanie, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział V
Opis przedmiotu zamówienia
3. Zgodnie z art. 310 pkt 1 Pzp Zamawiający przewiduje możliwość unieważnienia przedmiotowego postępowania, jeżeli środki, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.
Zamawiający nie przewiduje wyboru najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji.
1. Przedmiotem zamówienia jest:
Dostawa technicznych środków materiałowych dla KPW Świnoujście z podziałem na części:
1) Część nr 1 – dostawa farb, lakierów, emalii i rozcieńczalników dla KPW Świnoujście;
2) Część nr 2 – dostawa materiałów malarskich dla KPW Świnoujście.
2. Główny przedmiot zamówienia według Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 44800000-8, 39224210-3.
Rozdział X
Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych
1. DOTYCZY TYLKO CZĘŚCI NR 1:
w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania, Zamawiający żąda:
1) aktualne karty charakterystyki oferowanych preparatów przygotowane zgodnie z Rozporządzeniem WE 1907/2006 (REACH), preparaty muszą być sklasyfikowane zgodnie z Rozporządzeniem WE 1272/2008, zgodność ta musi być potwierdzona w dostarczonych kartach charakterystyki oferowanych preparatów.
KONSORCJUM – ww. dokument składa co najmniej jeden z członków.
2. Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą !
3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia – art. 107 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych.
4. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.
Rozdział XV
Opis sposobu przygotowania oferty
12. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ.
Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:
1) formularz cenowy – stanowiący odpowiednio załącznik nr 2 do SWZ dla części nr 1, załącznik nr 3 do SWZ dla części nr 2;
2) przedmiotowe środki dowodowe określone w Rozdziale X pkt 1 SWZ;
3) oświadczenie - załącznik nr 4 do SWZ;
4) dowód wniesienia wadium (jeżeli dotyczy);
5) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy). Elektroniczna kopia pełnomocnictwa nie może być uwierzytelniona przez upełnomocnionego.
UWAGA!!!
Każdy dokument podpisany oddzielnie podpisem kwalifikowanym, zaufanym lub osobistym (e-dowód).
Załącznik nr 2 do SWZ
1. Farba alkidowa pokładowa biała litr 10
2. Farba alkidowa olejoodporna brązowa połysk litr 10
3. Farba alkidowa olejoodporna czarna połysk litr 5
4. Farba alkidowa olejoodporna czerwona połysk litr 5
5. Farba alkidowa olejoodporna zielona jasna połysk litr 10
6. Farba alkidowa olejoodporna żółta jasna połysk litr 5
7. Farba alkidowa podkładowa Fosforanowo cynkowa czerwona mat litr 200
8. Farba alkidowa podkładowa czerwona tlankowa mat litr 220
9. Farba alkidowa pokładowa czarna litr 20
10. Farba alkidowa pokładowa szara średnia litr 40
11. Farba przeciwporostowa czerwona tlenkowa mat bez atestu litr 40
12. Farba silikonowa termoodporna 400°C srebrna mat litr 145
13. Lakier asfaltowy pokładowy czarny litr 20
14. Farba alkidowa olejoodporna biała połysk litr 140
15. Farba alkidowa olejoodporna czarna połysk litr 360
16. Farba alkidowa olejoodporna czerwona połysk litr 140
17. Farba alkidowa olejoodporna szara jasna połysk litr 140

18. Farba alkidowa olejoodporna zielona jasna połysk litr 140
19. Farba chlorokałczukowa podkładowa szara średnia połysk litr 1120
20. Farba epoksydowa podkładowa czarna mat litr 28
21. Farba wodorozcieńczalna gruntoemalia akrylowa litr 260
22. Farba wodorozcieńczalna gruntoemalia akrylowa litr 210
23. Farba poliuretanowa szara ciemna litr 1040
24. Lakier wodoodporny dla okrętownictwa bezbarwny litr 105
25. Rozcieńczalnik do farb ftalowych litr 200
26. Rozcieńczalnik uniwersalny litr 165
27. Emalia poliuretanowa marine szara litr 580
28. Farba poliuretanowa nawierzchniowa dwuskładnikowa czarna litr 240
29. Emalia alkidowa szara średnia litr 120
30. Rozcieńczalnik do wyrobów epoksydowych litr 100
31. Rozcieńczalnik poliuretanowy litr 140
32. Farba poliuretanowa podkładowa szara średnia litr 2000
33. Farba akrylowa podkładowa czarna litr 60

Formularz cenowy:

1. Pędzel płaski 8 mm szt. 100
2. Pędzel płaski 10 mm szt. 50
3. Pędzel płaski 12 mm szt. 50
4. Pędzel płaski 20 mm szt. 100
5. Pędzel płaski 25 mm szt. 200
6. Pędzel płaski 36 mm szt. 100
7. Pędzel płaski 50 mm szt. 200
8. Pędzel płaski 63 mm szt. 150
9. Pędzel płaski 90 mm szt. 50
10. Pędzel płaski kątowy 25 mm kaloryferowy szt. 200
11. Pędzel płaski kątowy 36 mm kaloryferowy szt. 100
12. Pędzel płaski kątowy 50 mm kaloryferowy szt. 200
13. Pędzel płaski kątowy 63 mm kaloryferowy szt. 50
14. Pędzel pierścieniowy F 6 mm szt. 50
15. Pędzel pierścieniowy F 10 mm szt. 50
16. Pędzel pierścieniowy F 12 mm szt. 100
17. Pędzel pierścieniowy F 20 mm szt. 200
18. Pędzel pierścieniowy F 25 mm szt. 200
19. Pędzel pierścieniowy F 30 mm szt. 250
20. Pędzel pierścieniowy F 40 mm szt. 200
21. Pędzel pierścieniowy F 50 mm szt. 200
22. Pędzel pierścieniowy F 60 mm szt. 200
23. Papier ścierny wodoodporny gr. 100 wym. 230x280 mm szt. 300
24. Papier ścierny wodoodporny gr. 150 wym. 230x280 mm szt. 200
25. Papier ścierny wodoodporny gr. 240 wym. 230x280 mm szt. 300
26. Tarcza do cięcia metalu 125x22X1 szt. 100
27. Tarcza ścierna listkowa FI125x22 gr. 120 szt. 100
28. Tarcza ścierna listkowa FI125x22 gr. 60 szt. 100
29. Tarcza ścierna listkowa FI125x22 gr. 80 szt. 100
30. Pędzel płaski półangielski 25 szt. 50
31. Pędzel płaski półangielski 36 szt. 50
32. Pędzel płaski półangielski 50 szt. 50
33. Szczotka stalowa do rdzy 5-cio rzędowa szt. 60
34. Taśma malarska 38x40 szt. 60

W ofercie odwołującego nie złożono kart charakterystyki.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2023 r. wezwał odwołującego do złożenia PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓ\ DOWODOWYCH WSKAZANYCH W ROZDZIALE X SWZ DLA CZĘŚCI NR 1, tj.:

1) aktualne karty charakterystyki oferowanych preparatów przygotowane zgodnie z Rozporządzeniem WE 1907/2006

(REACH), preparaty muszą być sklasyfikowane zgodnie z Rozporządzeniem WE 1272/2008, zgodność ta musi być potwierdzona w dostarczonych kartach charakterystyki oferowanych preparatów.
KONSORCJUM – ww. dokument składa co najmniej jeden z członków.
Ww. dokumenty należy przesłać do 04.05.2023 r. do godziny 11:00.
Odwołujący złożył karty charakterystyki dla farb, lakierów i rozpuszczalników
W zawiadomieniu o wyniku zamawiający w zakresie zadania 1 poinformował, że oferta nr 4 tj. oferta odwołującego została odrzucona. Podał następujące uzasadnienie: Oferta nr 3 odrzucona na podstawie art. 226 ust 5 (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia).
Zamawiający po analizie PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH tj. aktualnych kart charakterys stwierdził niezgodność oferowanych produktów z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 2 do SWZ.
Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy przez 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.
Zarzut potwierdził się. Przede wszystkim zamawiający popełnił szereg błędów niepozwalających na uznanie, że odwołującemu przedstawiono uzasadnienie faktycznie i prawne podstaw odrzucenia jego oferty. Zamawiający oznaczył w dokumentacji postępowania ofertę odwołującego jako ofertę nr 4, następnie wskazał, że nie poddał oferty ocenie ofert podając „Oferta nr 4 odrzucona", natomiast uzasadnienie tej czynności dotyczy oferty nr 3 - Firma Handlowo-Usługowa Oferta I. K. z siedzibą w Szczecinie, ul. Rugiańska 17, która dotyczyła wyłącznie części 2 zamówienia. Nadto wprawdzie zamawiający przytoczył brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, to jednak pomylił się w podstawie prawnej przywołując art. 226 ust. 5 ustawy, który w ustawie nie występuje. Nadto nie można uznać za wyczerpujące wskazanie podstawy faktycznej uzasadnienia „Zamawiający po analizie PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH tj. aktualn kart charakterystyki stwierdził niezgodność oferowanych produktów z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 2 do SWZ". Z tego sformułowania nie wynika ani to czy wszystkie karty charakterystyk były niezgodne, czy tylko niektóre, w całości czy w jakimś konkretnym aspekcie technicznym, z jakich postanowień załącznika nr 2 do SWZ zamawiający tą niezgodność wywiódł. Należy bowiem dostrzec, że w SWZ opis przedmiotu zamówienia jest wybitnie lakoniczny i wskazuje nazwy postępowania oraz kody CPV. Opis te nie odsyła do załącznika nr 2 jako stanowiącego uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia. SWZ nie określa przeznaczenia zamawianych materiałów, dopiero w załączniku nr 2 w odniesieniu do niektórych materiałów pojawiają się takie pojęcia jak „pokładowa", dla okrętownictwa", „przeciwporostowa", które mogłyby wskazywać, że przynajmniej część zamawianych produktów ma mieć przeznaczenie do remontów czy napraw jednostek pływających. Zamawiający nie posłużył się również, ani w SWZ, ani w załączniku nr 2 określeniem przeznaczenia zamawianych materiałów do powierzchni typu C5M. Również informacja o takim braku wskazania przeznaczenia nie została ujawniona w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego. Nie ma w nim także wskazania, że emalia powinna być typu „marine", a karta charakterystyki nie posiada takiego określenia. Nie zostało w toku rozprawy wykazane, że „marine" to pojęcie definiujące farby i emalie przeznaczone dla jednostek pływających (które często są określane jako farby jachtowe, farby okrętowe czy do łodzi i żaglówek, a wręcz farby przemysłowe), a nie nazwa typu farby stosowana przez jednego z producentów np. EMAPUR, albo typ odcienia szarości. Przeciwnie zamawiający ograniczył się do podania, że przeprowadził analizę kart charakterystyk i są one niezgodne z warunkami zamówienia. Jest to uzasadnienie niepoddające się merytorycznej weryfikacji. Nie można ustalić jakie warunki zamówienia zamawiający brał pod uwagę przy przeprowadzanej analizie, które karty charakterystyk wymagań nie spełniały i jakie informacje z tych kart przekonały zamawiającego do podjętej decyzji. Co więcej zamawiający nie wskazał, że niezgodności te mają taki charakter, że nie nadają się do wyjaśnienia w trybie art. 107 ust. 4 ustawy, choć sam taką możliwość w rozdziale X SWZ w pkt 4 przewidział. Zamawiający nie przedstawił też uzasadnienia, z którego wynikałoby, że nie było możliwe zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy czyli poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentacji zamówienia nie powodujące istotnych zmian w jej treści. Mogło bowiem być tak, że wskazane przez producenta zastosowanie przemysłowe farby, lakieru czy emalii, oznaczało

jednocześnie środek przeznaczony do jednostek pływających.
Tym samym jednozdaniowe uzasadnienie faktyczne zamawiającego w ocenie Izby uniemożliwiło odwołującemu ocenę prawidłowości czynności zamawiającego jak i skuteczną obronę swojej oferty, a to oznacza, że nie spełniło swojej ustawowej roli, dla której ustawodawca wymaga uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności eliminacyjnej podjętej przez zamawiającego. O roli i znaczeniu uzasadnienia czynności zamawiającego skutkującej odrzuceniem oferty świadczy choćby poniższe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i tutejszej Izby:
WYROK TRYBUNAŁU z dnia 24 lutego 2022 r. sygn akt C-532/20
31. Nie można jednak wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach lub w świetle niektórych z odnoszących się do nich zasad stosowanie krajowych przepisów prekluzyjnych może naruszać prawa przyznane jednostkom przez prawo Unii, w szczególności prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowione w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zob. analogicznie postanowienie z dnia 14 lutego 2019 r., Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
32 W tym względzie należy przypomnieć, że zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie udzielania zamówień publicznych może mieć miejsce wyłącznie wówczas, gdy bieg terminów wyznaczonych na wniesienie takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu tych przepisów (zob. analogicznie postanowienie z dnia 14 lutego 2019 r., Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
33 W tym celu do decyzji podmiotu zamawiającego, która została podana do wiadomości oferentów, należy zgodnie z art. 2c dyrektywy 92/13 załączyć zwięzłe uzasadnienie zawartego w niej rozstrzygnięcia.
34 To zwięzłe uzasadnienie rozstrzygnięcia, które powinno towarzyszyć zarówno decyzjom podmiotów zamawiających doręczanym poszczególnym oferentom, jak i decyzjom publikowanym, które nie muszą być doręczane poszczególnym oferentom, ma na celu zapewnienie, by zainteresowani oferenci powzięli lub mogli powziąć wiedzę o ewentualnym naruszeniu przepisów mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień.
35 W niniejszej sprawie, z zastrzeżeniem weryfikacji tego ustalenia przez sąd odsyłający, istotne uzasadnienie decyzji podmiotu zamawiającego o dopuszczeniu konsorcjum BraSig do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w postępowaniu głównym, mogło zostać wywiedzione ze wspomnianego w pkt 14–16 niniejszego wyroku protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, który zgodnie z prawem rumuńskim powinien zostać udostępniony do wglądu zainteresowanym oferentom.
36 Jednakże tego rodzaju prawna gwarancja dostępu do uzasadnienia decyzji podmiotów zamawiających nie jest równoznaczna z podaniem do wiadomości oferentów, w momencie publikacji lub doręczenia tych decyzji, istotnych powodów ich podjęcia.
37 Tak więc w takich okolicznościach, kiedy to istotne powody decyzji instytucji zamawiającej nie zostały podane do wiadomości oferentów ani w drodze publikacji, ani w chwili doręczenia tej decyzji, termin, w którym zwycięski oferent może odwołać się od decyzji instytucji zamawiającej uznającej za dopuszczalną ofertę złożoną przez innego oferenta, rozpoczyna bieg nie od dnia otrzymania tej decyzji, lecz od dnia powiadomienia tego zwycięskiego oferenta o istotnych powodach wspomnianej decyzji, co gwarantuje, że ów zwycięski oferent uzyskał lub był w stanie uzyskać wiedzę o ewentualnych naruszeniach prawa Unii, których dopuszczono się w takiej decyzji.
38 W świetle powyższych rozważań na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit czwarty, art. 1 ust. 3 i art. 2c dyrektywy 92/13 należy interpretować w ten sposób, że termin, w którym wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferent może odwołać się od decyzji podmiotu zamawiającego uznającej za dopuszczalną, w ramach decyzji o udzieleniu tego zamówienia, ofertę złożoną przez innego oferenta, która ostatecznie nie została wybrana, może zostać obliczony w odniesieniu do dnia, w którym ów zwycięski oferent otrzymał tę decyzję o udzieleniu zamówienia, nawet jeśli w tym dniu ten drugi oferent nie zaskarżył lub nie zdążył jeszcze zaskarżyć owej decyzji. Jeżeli natomiast w chwili doręczenia lub publikacji rzeczonej decyzji do wiadomości tego zwycięskiego oferenta nie podano, zgodnie ze wskazanym art. 2c, zwięzłego przedstawienia istotnych powodów tej decyzji, takich jak informacje dotyczące zasad oceny owej oferty, termin ten powinien zostać obliczony w odniesieniu do dnia, w którym tego rodzaju uzasadnienie zostało przekazane zwycięskiemu oferentowi.
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2022 r., KIO 3248/22
Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Tym samym za spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy należy uznać takie okoliczności mające uzasadniać odrzucenie oferty, które zostały przez zamawiającego przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego.
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2022 r., KIO 2522/22
Sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z

art. 253 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2022 r., KIO 1437/22
1. Przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, co zabezpiecza prawo wykonawcy do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności zamawiającego. (tak: wyrok KIO z 13 lipca 2021 r., KIO 1848/21).
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2022 r., KIO 1423/22
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 związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, z uwzględnieniem okoliczności podniesionych dopiero w postępowaniu odwoławczym.
W świetle powyższego rację należy przyznać odwołującemu, że wydając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Zamawiający postawił dwa kryteria oceny ofert – cenę i termin realizacji zamówienia, a wykonawcy w zadaniu 1 oferując tak samo punktowane terminy realizacji konkurowali jedynie ceną. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, zatem gdyby zamawiający umożliwił mu merytoryczne odniesienie się do stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności, miałby szansę na uzyskanie zamówienia, a więc uwzględnienie tego zarzutu ma wpływ na wynik postępowania.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu
Zarzut potwierdził się. Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonuje się spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Skoro zatem czynność odrzucenia jednej z ofert była obarczona wadą, to krąg podmiotów dopuszczonych do oceny ofert był ustalony nieprawidłowo, a w konsekwencji wynik tej oceny także należało uznać za wadliwy. Z tego względu Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 239 ustawy zasługuje na uwzględnienie.
Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 ustawy wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu w postępowaniu, a w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że odwołujący nie złożył / nie uzupełnił przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Rozdziale X, w postaci aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego
Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Skoro zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu podstaw odrzucenia, że rzeczywiście karty charakterystyk nie odpowiadają warunkom zamówienia, to odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ustawy było nieuzasadnione i czynność badania oferty odwołującego należy ponowić.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 107 ust. 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r., do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Rozdziale X SWZ dla części nr 1 przedłożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci aktualnych kart charakterystyki preparatów oferowanych przez odwołującego
Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że odwołujący nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Zamawiający wezwał odwołującego do ich złożenia w dniu 26 kwietnia 2023 r. Tym samym zamawiający wyczerpał procedurę z art. 107 ust. 2 ustawy. Na tym etapie przy lakonicznym uzasadnieniu zamawiającego podstawy faktycznej odrzucenia nie można czynić założeń, że dana karta charakterystyki była niekompletna. Zamawiający takich argumentów nie zawarł ani w uzasadnieniu odrzucenia, ani nie podnosił na rozprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to przez nieuzasadniony wybór oferty Trebor jako najkorzystniejszej, nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, jak również przez zaniechanie przedstawienia odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy przez udzielenie zamówienia Trebor wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w sytuacji gdy zamawiający nie wykazał aby oferta odwołującego podlegała odrzuceniu w postępowaniu oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 ustawy przez zaniechanie przedstawienia odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego

Izba odniesie się do tych zarzutów łącznie. Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zasadą zamówień publicznych jest przejrzystość postępowania pozwalająca wykonawcom na każdym jego etapie poznać jakie czynności i z jakiego powodu zamawiający podjął. Zasada ta jest częściowo wykonywana przez zasadę jawności postępowania i służy prawidłowej realizacji zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Również ta zasada przyczynia się do realizacji zasady efektywności środków ochrony prawnej. Skoro zatem zamawiający nie podał do wiadomości wykonawców w sposób jednoznaczny i konkretny powodów, dla których uważa, że z kart charakterystyk odwołującego nie wynikało spełnianie wymagań zamawiającego, to tak prowadzone postępowanie nie realizuje zasady przejrzystości postępowania i nie pozwala na wybór obiektywny oferty zgodnie z przepisami ustawy. Z tego względu należało uznać, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16, 17 ust. 2 i 18 ust. 1 ustawy.

Izba uznając za uzasadniony przede wszystkim zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 226 ust. 1 ustawy oraz art. 239 ustawy, oceniła, że odwołujący wygrał to postępowanie w całości, gdyż osiągnął cel tego postępowania jakim było uchylenie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1 i umożliwienie sobie dalszego udziału w postępowaniu, co najmniej do czasu ponownej weryfikacji oferty odwołującego pod kątem przesłanek z art. 226 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając zamawiającego kosztami uiszczonego przez odwołującego wpisu, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba ustaliła, że choć jedyny rozpoznawany zarzut nie został w całości uwzględniony zgodnie z żądaniem odwołującego, to jednak uchyla wynik postępowania i umożliwia odwołującemu nadal uzyskanie zamówienia, co należy uznać za wynik korzystny w całości dla odwołującego (w ślad za postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 128/22, z którego wynika, że akt wykonawczy do ustawy wskazujący sposób wyliczania kosztów postępowania odwoławczego w razie częściowego tylko uwzględnienia odwołania nie zmienia reguły odpowiedzialności za wynik sprawy w zakresie kosztów procesu - która wynika z ustawy. Jeżeli z wyroku nie wynika, aby tylko część zarzutów odwołania była skuteczna, skutkiem jest obciążenie zamawiającego kosztami postępowania. Poza tym nawet przy nawet częściowym oddaleniu zarzutów odwołania, gdy jego główny cel zostaje przez odwołującego osiągnięty, w ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie nie zawsze będzie podstawa do stosunkowego rozdzielenia kosztów - wynik sprawy, to osiągnięcie celu środka odwoławczego, nie zaś uznanie wszystkich zarzutów odwołującego za trafne.).

W związku z tym ustaleniem Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty wydatków pełnomocnika w kwocie maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie potwierdzonej złożoną fakturą - to jest 3 600zł., a także koszty dojazdu w kwocie 318 zł. Udowodnionej biletami PKP oraz fakturami.

Przewodniczący: ……