

WYROK

z dnia 18 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2018 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Medica CIB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Medica CIB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Medica CIB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1787/18

Uzasadnienie

Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę sprzątania obiektów Akademii Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego w Warszawie, (numer postępowania SSZP 371/19/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2018 roku pod nr 2018/S 113-257439.

W dniu 7 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Medica CIB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego, polegające na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. unieważnieniu postępowania.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie zasad oceny zgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzące do bezpodstawnego przyjęcia, że ręczniki papierowe oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenie oferty z postępowania,
2. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania na podstawie wskazanego przepisu mimo faktu spełnienia kryterium cenowego przez ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania,
2. powtórnej oceny zgodności oferty złożonej przez Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z przepisami Pzp oraz z uwzględnieniem rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i walorów użytkowych ręczników papierowych oferowanych przez Odwołującego,

oraz:

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania oraz załączonych do niego dokumentów,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Do dnia 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający, zgodnie z punktem 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) dokonał oceny ofert w oparciu o kryterium nr 1 - Cena oraz kryterium nr 2 - Jakość i uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą. Następnie, zgodnie z zasadami procedury odwróconej, Zamawiający rozpoczął kolejny etap postępowania i przystąpił do badania czy Odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. O takiej kolejności dokonywanych przez Zamawiającego czynności świadczyło wezwanie z 10 sierpnia 2018 r. do złożenia dokumentów i oświadczeń (w tym kart technicznych produktów) mających pozwolić na dokonanie oceny czy „oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego”. Wymagane dokumenty zostały przesłane przez Odwołującego 21 sierpnia 2018 r. Mając pełną wiedzę w zakresie kompletnej oferty Odwołującego oraz wszystkie niezbędne dokumenty, 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający potwierdził, że oferta ta była najkorzystniejsza. Potwierdził również, że dokonał oceny w oparciu o kryterium jakości i ceny wszystkich ofert, podając do publicznej wiadomości szczegółową punktację uzyskaną przez oferty pozostałych wykonawców, nie kwestionując i nie odrzucając żadnej oferty w kryterium nr 2 - Jakość. Zamawiający przekazał również informację, że mimo, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, odpowiednio zwiększył środki na realizację zadania.

W ogłoszeniu z 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował, że w toku badania oferty przyznał Odwołującemu łącznie 97,77 punktów w podziale:

- kryterium Cena: 60,00,
- kryterium Jakość: 37,77.

Przyznana punktacja jednoznacznie wskazywała, że Zamawiający przed publikacją ogłoszenia, dysponując próbkami oraz ich kartami technicznymi, dokonał czynności badania ofert (w tym komisyjnej oceny próbek) i mimo wyraźnego zastrzeżenia w SIWZ: „złożenie próbki, która w ocenie wszystkich oceniających otrzyma 0 pkt. Bądź też złożenie próbki niezgodnej z wymaganiami określonymi w SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty

Wykonawcy” nie uznał żadnej z próbek Odwołującego za niezgodną z SIWZ.

Zgodnie z SIWZ „Celem niniejszego postępowania jest otrzymanie produktu o określonej jakości i funkcjonalności, a nie zakupu środków konkretnego producenta. Wskazanie konkretnej marki nie służy do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych Wykonawców lub produktów, a ma jedynie posłużyć Wykonawcom jako pomocnicze określenie wymagań Zamawiającego”. Oznacza to, że 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający uznał zaoferowane próbki za równoważne w stosunku do pomocniczych wymagań Zamawiającego tzn. uznał, że w pierwszej kolejności spełniają one wiążące kryteria Rozdziału XV Kryterium nr 2 - Kryterium Jakości, w którym zgodnie z zapisami SIWZ dla ręczników papierowych białych ocenie podlegały delikatność i wytrzymałość. Co za tym idzie wg oceny komisji przetargowej spełniony został zakładany przez Zamawiającego cel postępowania jakim było „otrzymanie produktu o określonej jakości i funkcjonalności, a nie zakupu środków konkretnego producenta”. W ogłoszeniu z dnia 22 sierpnia 2018, o którym mowa powyżej, Zamawiający popełnił błąd techniczny i dokonał bezprawnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego i po raz pierwszy unieważnił postępowanie. Powziawszy wiedzę o obu tych czynnościach Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przywrócenie jego oferty. Zamawiający świadom popełnionego błędu, 23 sierpnia 2018 r., zawiadomił o unieważnieniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania. Po tej czynności Zamawiający zobowiązany był do podtrzymania ogłoszonej punktacji i wyboru najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji, zgodnie z Pzp powinien wezwać Odwołującego do podpisania umowy - czego nie uczynił naruszając przepisy ustawy. Zamiast tego 28 sierpnia 2018 r. ponownie unieważnił postępowanie. Powodem było odrzucenie sześciu z ośmiu ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego - jedynej, która mieściła się w zwiększonej kwocie przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał, że ww. oferty nie spełniały wymogów SIWZ w zakresie gramatury ręczników papierowych, białych. Tym samym po raz kolejny naruszył przepisy ustawy.

Zamawiający dopuszczał zaoferowanie materiałów równoważnych. Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy nie gorszy niż wymagany, ale że umożliwia uzyskanie założonego za pomocą innych rozwiązań technicznych. Produkt zaoferowany będzie równoważny, gdy będzie spełniał cel i funkcjonalność zastosowanego rozwiązania, a nie dziesiąte części wybranego parametru. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktu o parametrach nie gorszych,

ale nie określił co przez to rozumiał. W tej sytuacji brak było podstaw do przyjęcia, że tylko parametry o konkretnych wartościach gramatury ręczników, które zostały wskazane w SIWZ mogą być uznane za „nie gorsze”. Zamawiający nie mógł twierdzić, że tylko parametry wskazane przez niego są najlepsze. Takie rozumienie równoważności zaprzeczałoby istocie przyjętej w Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia, nie może utrudniać uczciwej konkurencji, zarówno w sposób bezpośredni jak i pośredni, choćby przez narzucenie wykonawcy jakiegoś elementu składającego się na dostawę, usługę czy robotę budowlaną. Zamawiający winien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt, lub konkretnego wykonawcę. Naruszeniem przepisów Pzp byłoby również nadmierne, rygorystyczne opisywanie przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione w żaden sposób potrzebami zamawiającego.

W wyniku organoleptycznej oceny próbek dostarczonych materiałów, Zamawiający zatwierdził je i tym samym wskazał, że spełniają jego potrzeby - pierwotnie komisja przetargowa nie przyznała żadnej próbie 0 pkt w kryterium oceny Jakość i nie odrzuciła żadnej próbki. Poszczególnym ofertom punkty przyznawane były na podstawie przedstawionych próbek, w tym na podstawie próbek ręczników papierowych białych i szarych (3 paczki mix np. 2 st. białe i szara, składane w „Z”, ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr. Wymiar 23x23,2, ręczniki szare gramatura pomiędzy 36 a 40 gr). Podczas przedmiotowej oceny próbek ręczników jednorazowych białych Zamawiający szczególnie wziął pod uwagę ich delikatność oraz wytrzymałość.

Doniosłe znaczenie przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania, ma potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SIWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie mógł zatem swobodnie pozbawić Wykonawców możliwości uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy, wynikające z braku dołożenia należytej staranności w formułowaniu w szczególności warunków zamówienia, jego opisu, przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i niestaranego przeprowadzania procedury przetargowej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

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

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie zasad oceny zgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z SIWZ prowadzące do bezpodstawnego przyjęcia, że ręczniki papierowe oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenie oferty z postępowania nie potwierdził się.

Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie było wykonywanie usługi sprzątania obiektów Zamawiającego. Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (dalej OPZ) stanowiącym Załącznik nr 20 do SIWZ usługa „polegać będzie na utrzymaniu czystości i obsłudze szatni (z wydawaniem kluczy do obiektów). Sprzątanie odbywać się będzie w pomieszczeniach biurowych, salach seminaryjnych, na klatkach schodowych, korytarzach, w sanitariatach, pomieszczeniach socjalnych pracowników, powierzchniach ogólnodostępnych dla studentów oraz obiektach sportowych, magazynu LA - zlokalizowanych w:

- a) Gmach główny:
pływalnia,

szatnie lekkoatletyczne,

strefa hali lekkoatletycznej z magazynem sprzętu,
sala gimnastyczna nr 1 z szatniami,
sala gimnastyczna nr 4 z szatniami,
strefa hali gier,

holl główny i korytarz do hali gier (myty maszyną samojezdną w porze nocnej)

- b) Wydział Rehabilitacji: schody wejściowe, holl i korytarz na parterze, łazienki na parterze, szatnia, klatka schodowa do sg. 3 i strefa sg. 3
- c) Pawilon Sportów Walki (cały budynek)
- d) Pawilon 42 (cały budynek)
- e) Sala gimnastyczna nr 5 (cały budynek)".

W punkcie 3 OPZ Zamawiający zdefiniował sprzątanie będące przedmiotem zamówienia jako: „odkurzanie, zmiatanie, zmywanie podłóg, cokołów i schodów, poręczy schodów, ścieranie kurzu z mebli, parapetów, tablic informacyjnych i gablot, gaśnic p.poż (...), uzupełnianie środków higieny (papier i ręczniki białe w łazienkach biurowych, papier i ręczniki szare w WC ogólnodostępnych), Zamawiający zastrzegł ponadto: „Sprzęt techniczny, materiały eksploatacyjne i środki czystości zakupione będą przez Wykonawcę z własnych środków. (...) Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć próbki środków, papieru toaletowego oraz ręczników papierowych do testowania przez Zamawiającego”.

Wzór umowy - § 4 pkt 6 stanowił: „Wykonawca zapewni własne środki czyszczące, dezynfekujące konserwujące i zapachowe, papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło a także własny sprzęt czyszczący. Szczegółowe dane techniczne proponowanych produktów wraz z nazwami produktów stanowi załącznik nr 8 do umowy. Wykonawca może zastosować środek (inny) nie wymieniony w załączniku tylko za pisemną zgodą Zamawiającego”. Z kolei punkt 7 tego samego paragrafu Wzoru umowy wprowadził zakaz zmiany zaproponowanych w ofercie środków technicznych do realizacji usługi sprzątania: „Wykonawca zobowiązuje się do używania zadeklarowanych w załączniku nr 8 do niniejszej umowy środków czyszczących, dezynfekujących, konserwujących i zapachowych, papieru toaletowego, ręczników papierowych oraz mydła przez cały okres jej trwania”.

O ile Zamawiający wprost nie opisał swoich wymagań, co do parametrów ręczników papierowych, to wynikają one z części II SIWZ, pkt 10 - „Dodatkowo wymaga się złożenia wraz z ofertą próbek środków tj:

- a) (...).
- b) Ręczniki papierowe białe i szare (3 paczki mix, np. 2 szt. białe i 1 szara) składane w Z, ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr. wymiar 23x23,2 cm ręczniki szare gramatura między 36 a 40 gr. (...)"

Łączna interpretacja przytoczonych wyżej postanowień SIWZ i OPZ pozwala przyjąć, że Zamawiający żądał, by oferowane mu ręczniki papierowe białe miały gramaturę 2x20 gr. Powyższy wymóg został potwierdzony w odpowiedziach udzielonych na pytania zadane przez wykonawców do treści SIWZ:

„8. Zamawiający wymaga ręczników papierowych białych i szarych (3 paczki mix, np. 2 szt. białe i 1 szara) składane w Z, ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr wymiar 23x23,2 cm, ręczniki szare gramatura między 36 a 40 gr.

- a. Prosimy o dopuszczenie ręczników białych o 23x23 cm i gramaturze powyżej 2x20 gr spełniające pozostałe wymagania SIWZ.
- b. Prosimy o dopuszczenie ręczników szarych 1 — warstwowych o wymiarach 23x23 cm spełniające pozostałe wymagania SIWZ.

Odpowiedź: ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr ręczniki szare gramatura między 36 a 40 gr”.

„31. W czasie odbytej wizji lokalnej w dniu 03.07.2018 zauważyliśmy, że na obiektach Zamawiającego znajdują się dozowniki na ręczniki papierowe ZZ w standardowych rozmiarach 25x23 cm. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podaje wymóg ręczników papierowych o rozmiarach 23x23,2 cm. Prosimy o korektę zapisów wymogów dotyczących ręczników papierowych lub potwierdzenie obecnych zapisów. Czy Zamawiający podtrzymuje wymóg dot. gramatury ręczników papierowych?

Odpowiedź: Wymóg gramatury podtrzymujemy. Podajniki na wymiar 25x23 cm”.

Odwołujący zaproponował w ofercie (poz. 13 tabeli - zestawienia środków, które będą używane przez Wykonawcę w czasie realizacji umowy) - „Ręczniki składane Z - IDEAL (białe) 3200 szt. — Merida, Ręczniki składane Z Klasik 5000 szt. — Merida”.

Część XV SIWZ wskazywała, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi w oparciu o dwa kryteria: Ceny - 60% i Jakości - 40% możliwej do uzyskania punktacji. W celu umożliwienia oceny jakości materiałów, wykonawcy wraz z ofertami złożyć mieli m. in. następujące próbki: „Ręczniki papierowe białe i szare (3 paczki mix np. 2 szt. białe i 1 szara) składane w Z, ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr. wymiar 23x23,2 cm ręczniki szare gramatura między 36 a 40 gr”. Wynikające z cz. XV SIWZ zasady oceny ofert w kryterium Jakość były następujące:

„Oceny w zakresie poszczególnych próbek Zamawiający będzie dokonywał biorąc w szczególności pod uwagę: (...) Próbkę ręczników papierowych - delikatność, wytrzymałość.

Członkowie komisji przetargowej kierując się ww. cechami i parametrami dokonują indywidualnej oceny złożonych materiałów wzorcowych (próbek) przy zastosowaniu następującej skali punktacji:

0 pkt. - próbka nie spełnia wymagań SIWZ. Oferta, która otrzymała łącznie od wszystkich oceniających próbki członków 0 pkt. za daną próbkę zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Od 0,1 pkt do 1 pkt - próbka spełnia wymagania jakościowe w stopniu podstawowym,

Od 1,1 pkt do 2 pkt - próbka spełnia wymagania jakościowe w stopniu dobrym

Od 2,1 pkt do 3 pkt - próbka spełnia wymagania jakościowe w stopniu bardzo dobrym (...) Uwaga! Próbkę są wymagane w celu oceny złożonej oferty w ramach kryterium jakościowego dlatego brak którejkolwiek próbki, złożenie próbki, która w ocenie wszystkich oceniających otrzyma 0 pkt, bądź też złożenie próbki niezgodnej z wymaganiami określonymi w SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty Wykonawcy. Próbkę nie podlegają uzupełnieniu.”

W dniu 10 sierpnia 2018 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Odwołujący wezwany został do uzupełnienia dokumentów potwierdzających m. in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego zamawiający wzywa Państwa do złożenia:

- h) próbek lub opisów lub fotografii z oryginalnymi ulotkami producenta oraz
- i) kart technicznych, z zaznaczeniem pozycji której dotyczą, opisy przedmiotu zamówienia w języku polskim

Próbki, opisy, fotografie, karty techniczne dot. produktów wskazanych przez zamawiającego w załączniku nr 8 do SIWZ. (Wykonawca nie musi załączać próbek, opisów, fotografii oraz ulotek i kart technicznych jeżeli jest to produkt wskazany przez Zamawiającego. Nie dotyczy to produktów, które będą oceniane w kryterium oceny ofert. W przypadku produktów ocenianych wymienionych w rozdziale II pkt. 10, wszystkie próbki muszą zostać złożone w siedzibie Zamawiającego) potwierdzające wymagane parametry przedmiotu zamówienia. Żądane dokumenty zostały dostarczone Zamawiającemu 21 sierpnia 2018 r. Wśród nich były również dokumenty wskazujące, że gramatura ręczników oferowanych przez Odwołującego to 2x18 gr zamiast 2x20 gr. Bezsprzeczne jest zatem, że twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający unieważniając postępowanie po raz pierwszy, w dniu 22 sierpnia 2018 r., dysponował pełną wiedzą na temat parametrów technicznych oferowanych ręczników papierowych białych jest prawdziwe. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 22 sierpnia 2018 r. wskazywało m. in.: „Najkorzystniejsza oferta nr 3 złożona przez Security & Cleaning System Sp. z o.o. ul. Raclawicka 15/19, 53 - 149 Wrocław i Medica CiB Sp. z o.o. Al. Wiśniowa 23A/9, 53 - 126 Wrocław zaoferowała cenę 2 117 012,04. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia posiadał środki w wysokości 1 851 000,00 zł brutto, ale zwiększył środki do kwoty najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów oraz do uzupełnienia JEDZ, gdyż Wykonawca złożył dokument bez podpisu. Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił JEDZ, jednakże dokument ten został niepodpisany. Wykonawca w formacie PDF przesłał JEDZ, a w oddzielnym pliku przesłał podpis elektroniczny, należy także nadmienić, iż podpis elektroniczny przesłany w oddzielnym pliku, jest podpisem niekwalifikowanym, zaś zgodnie

z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów oraz Rozdziałem V oraz Rozdziałem IX ust. 2 dokument JEDZ oraz inne dokumenty przesyłane w formie elektronicznej muszą być opatrzone kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę nr 3."

Część II zawiadomienia - „Nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty w części i wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w kryterium oceny ofert i łączną punktację” zawierała następującą informację dot. oferty Odwołującego:

„Oferta nr 3 - Konsorcjum Firm:

Lider - Security & Cleaning System Sp. z o.o. ul. Raclawicka 15/19, 53 - 149 Wrocław
Partner - Medica CiB Sp. z o.o. Al. Wiśniowa 23A/9, 53 - 126 Wrocław
Liczba punktów w kryterium oceny ofert jakim była cena: 60,00
Liczba punktów w kryterium oceny ofert jakim była jakość: 37,77

Łączna liczba punktów we wszystkich kryteriach: 97,77".

Powyższe wskazuje, że mimo odstępstwa od wymaganej gramatury ręczników papierowych Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria określone w cz. XV SIWZ. Wbrew twierdzeniu Odwołującego ogłoszenie o unieważnieniu postępowania z 22 sierpnia 2018 r. nie zawiera żadnej informacji wskazującej na fakt, że Zamawiający zakończył ocenę ofert uznając je za zgodne z SIWZ. Domniemać o takiej zgodności można wyłącznie na podstawie faktu, że wszystkim, również sześciu odrzuconym na dalszym etapie postępowania ofertom, Zamawiający przyznał punkty w oparciu o kryteria ceny i jakości, zamiast od razu uznać je za nieodpowiadające jego wymogom i odrzucić z postępowania.

W dniu 23 sierpnia 2018 r. z przyczyn nieistotnych dla przedmiotowej sprawy unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania. Następnie, 28 sierpnia 2018 r. Zamawiający ponownie unieważnił postępowania w zawiadomieniu o podjętej czynności wskazując m. in.: „Najkorzystniejsza oferta nr 3 złożona przez Security & Cleaning System Sp. z o.o. ul. Raclawicka 15/19, 53 - 149 Wrocław i Medica CiB Sp. z o.o. Al. Wiśniowa 23A/9, 53 - 126 Wrocław zaoferowała cenę 2 117 012,04. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia posiadał środki w wysokości 1 851 000,00 zł brutto, ale zwiększył środki do kwoty najkorzystniejszej oferty. Zamawiający sprawdzając i oceniając próbki złożone w ofercie w celu przyznania punktów w kryterium „Jakość” sprawdził parametry poszczególnych środków. Po weryfikacji parametrów technicznych produktów stwierdzono, iż w ofertach nr 1, 2, 3, 5, 6, 8 gramatura ręczników jednorazowych białych nie spełnia wymagań Zamawiającego. W SIWZ wymagano, zgodnie z rozdziałem II pkt 10 b) ręczniki papierowe białe i szare (3 paczki mix, np. 2 szt. białe i 1 szara) składane w Z, ręczniki białe dwuwarstwowe, gofrowane, gramatura 2x20 gr, wymiar 23x23,2 cm ręczniki szare gramatura między 36 a 40 gr. Natomiast wymienieni Wykonawcy zaproponowali ręczniki papierowe białe o gramaturze poniżej 20 gr. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił oferty, które nie spełniają parametrów technicznych Zamawiającego, gdyż ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane wyżej okoliczności Izba uznała, że oferta Odwołującego nie odpowiadała wymogom SIWZ w zakresie gramatury ręczników papierowych białych. Dodatkowym potwierdzeniem powyższego ustalenia jest fakt, że do odwołania załączone zostało oświadczenie producenta spornych ręczników papierowych - Merida Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, potwierdzające, że „ręczniki składane Z TOP IDEAL symbol PZ35 dopuszczone są do kontaktu z żywnością, spełniając wymogi Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego Nr 1935/2004 w sprawie materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością”, wraz z Kartą produktu dla ręcznika papierowego IDEAL 3200 szt., symbol PZ 35. Dokument ten zawiera informację, że wartość parametru gramatura dla tego produktu wynosi 2 x 18 gr.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (Przepis stanowi o obowiązku Zamawiającego dokonania poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, zatem nie ma zastosowania w sprawie). Biorąc pod uwagę dyspozycję przywołanego przepisu, a także określone w SIWZ sankcje przewidziane za zaoferowanie ręcznika o gramaturze innej niż żądana, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucić ofertę Odwołującego. W świetle tego ustalenia okolicznością nieistotną jest przyczyna, dla której ofercie tej zostały przyznane punkty w kryterium Jakość. Nawet jeżeli Zamawiający początkowo nie zauważył niezgodności oferty z SIWZ i przyznał jej punkty działając w błędnym przekonaniu, że odpowiada jego wymogom, to miał prawo poprawić swój błąd. Zamawiający, w granicach wynikających z Pzp, uprawniony jest do poprawy dokonanej

przez siebie czynności w drodze unieważnienia, a następnie dokonania jej ponownie.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego wskazująca, że skoro Zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w SIWZ i OPZ to wykonawcy byli uprawnieni do zaoferowania ręczników o niższej gramaturze. Zauważyć należy, że w SIWZ nie ma ogólnej klauzuli o dopuszczeniu zastosowania rozwiązań równoważnych. Pojawiła się ona wyłącznie tam, gdzie Zamawiający posłużył się wskazaniem przykładowych produktów myjących i czyszczących. Ręczniki papierowe opisane zostały wyłącznie za pomocą parametrów. Odwołujący musiał mieć świadomość, że ręczniki, które zamierza zaoferować mają inną gramaturę niż oczekiwana przez Zamawiającego. Z tego względu, przed upływem terminu składania ofert, jeżeli uważał, że opis przedmiotu zamówienia bezpodstawnie ogranicza mu dostęp do rynku mógł dążyć do zmiany nieodpowiadających mu postanowień SIWZ - zarówno w drodze zapytania Zamawiającego o możliwość dopuszczenia materiałów o innych parametrach jak i w drodze wniesienia środka ochrony prawnej. Z żadnej z tych dróg Odwołujący nie skorzystał.

Biorąc pod uwagę, że Izba uznała odrzucenie oferty Odwołującego za prawidłowe zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania mimo spełnienia kryterium cenowego przez ofertę Odwołującego również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Oferta Odwołującego była jedyną, która mieściła się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia po jej zwiększeniu. Skoro oferta podlegała odrzuceniu, a Zamawiający nie zdecydował się na dalsze, odpowiednie zwiększenie środków to zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jego obowiązkiem było unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....