

**WYROK**  
**z dnia 6 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez **wykonawcę E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., K., G. K.** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Szpital Powiatowy L., ul. (...), L.**

**orzeka:**

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wybranego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na badaniu ofert;
- 3) dokonania ponownego badania złożonych ofert.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Powiatowy L., ul. (...), L. 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 **E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., K., G. K.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od zamawiającego **Szpital Powiatowy L., ul. (...), 34-600 L.** na rzecz wykonawcy **E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., K., G. K.** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Powiatowy w L. im. Miłosierdzia Bożego wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »dostawę opakowań jednorazowego użytku do posiłków«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 29.08.2017 r. pod nrem (...)

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 12.09.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w B., ul. (...) K(1);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., K., G. K., gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca E. P.Sp. z o.o. z siedzibą w K., K. G. K.[dalej odwołujący] na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp i zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 18.09.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez zamawiającego w zakresie postępowania, naruszającej przepisy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo że, oferta złożona przez wykonawcę H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w B., ul. (...) K(1) [dalej wykonawca K.] oraz wykonawcę B. Sp. z o.o. z siedzibą w S. [dalej wykonawca B.] nie odpowiada treści SIWZ, bowiem przedstawione przez wykonawcę próbki nie potwierdzały faktu spełniania wymogów przewidzianych w SIWZ;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez jego nieprawidłowe niezastosowanie i nieunieważnienie postępowania, mimo że oferta złożona przez wybranego wykonawcę K. podlegała odrzuceniu;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości przez odrzucenie ofert Odwołującego i innych wykonawców z uwagi na fakt, że nie spełniały one wymogów SIWZ, a nie odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K., która również nie spełniała wymogów SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K., nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy K. jako niespełniającej wymogów SIWZ, a także odrzucenia pozostałych ofert niespełniających wymogów SIWZ i w konsekwencji ewentualnie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w piśmie na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznania świadka T. B. (adres do doręczeń K., G. K.) na okoliczność niespełniania wszystkich parametrów zgodnie z SIWZ, przez próbki towarów przekazanych zamawiającemu przez wykonawcę K., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) nakazanie zamawiającemu przedstawienia nieodrzuconych ofert, parametrów produktów oraz ich próbek w celu wykazania, że oferta wykonawcy K. nie spełniała wymogów SIWZ;
- 5) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

Argumentacja odwołującego

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Jako najkorzystniejszą ofertę została wybrana oferta wykonawcy K.. W ocenie odwołującego, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona z powodu niespełniania wymogów wskazanych w SIWZ.

Formularz asortymentowo-cenowy przewidywał parametr głębokości spodu 48 mm (+/- 2 mm). Przesłana przez odwołującego próbka posiadała głębokość spodu 36 mm przez co oferta odwołującego została zasadnie odrzucona przez zamawiającego. Próbki produktów przesłane przez wykonawcę K. również nie spełniały wymogów wskazanych w SIWZ, natomiast oferta wykonawcy K. nie została na tej podstawie odrzucona.

Parametry produktów wykonawcy K., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie spełniają wymogów przewidzianych w SIWZ. Wybrany wykonawca K. przedstawił w próbkach box'ów niedzielonych, dwudzielnych i trójdzielnych produkt

producenta przedsiębiorstwa H., gdyż tylko wyroby tego producenta w sposób najbardziej zbliżony spełniają wymogi wskazane w SIWZ.

W SIWZ parametr głębokości spodu każdego z ofertowanych box'ów miał wynosić 48 mm (+/- 2 mm) natomiast box produkcji producenta H., który przedstawił wykonawca K. w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, głębokość spodu jest ustalona na 42 mm, co nawet przy doliczeniu 2 mm jako dopuszczalną granicę błędu, wynosi 44 mm czyli poniżej przewidzianego w SIWZ wymiaru. Natomiast pomiar box'u producenta H., dokonany przez pracowników odwołującego wskazuje, że odchylenie parametru jest jeszcze większe. Pomiar wykazał, że głębokość spodu wynosi 40 mm, dając brak w postaci 8 mm co stanowi 20% wartości przewidzianej w SIWZ.

Dowód:

- 1) wydruk ze strony internetowej sklepu oferującego produkty producenta H.;
- 2) zdjęcie z pomiaru parametrów produktu marki H., zmierzonego przez odwołującego;
- 3) zeznania T. B. na okoliczność dokonanych pomiarów potwierdzających niespełnianie wymogów SIWZ przez produkt marki H..

Na tej podstawie, zarzut niesłusznego uznania oferty wykonawcy K. za najkorzystniejszą jest w pełni uzasadniony. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę, która *nota bene* nie spełnia wymogów przewidzianych w SIWZ, bo produkty tego producenta z założenia nie posiadają paramentów przewidzianych w SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Szczególnie istotny jest tu etap przygotowania oraz opis przedmiotu zamówienia. Są to w praktyce najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty. Postanowieniami w zakresie warunków udziału lub określonych parametrów, zamawiający może spowodować wyeliminowanie poszczególnych wykonawców mogących złożyć ofertę, ale niespełniających poszczególnych kryteriów dotyczących SIWZ. Tego typu działanie jest dopuszczalne, ale ograniczeniem swobody zamawiającego jest właśnie zasada uczciwej konkurencji. Ma ona zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność zamówienia.

Zamawiający ustanowił parametry produktów stanowiących przedmiot zamówienia w sposób, który tylko jeden producent mógł zaproponować produkty parametrami zbliżone do parametrów żądanych przez zamawiającego.

Wykonawca K., którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą jak i kolejny wykonawca B. Sp. z o.o. w swoich ofertach przedstawili produkty marki H. z tego względu, że produkty innych producentów nie spełniają wymagań zbliżonych do tych wskazanych w SIWZ.

Ustanowienie parametrów produktów w SIWZ, który może zostać spełniony tylko przez jednego producenta stanowi w rażąco sposób pogwałcenie jednej z podstawowych zasad Pzp jakim jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp

Przepis art. 93 ust. 1 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie doszło do wystąpienia przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza oraz oferta, która została sklasyfikowana na pozycji nr 2, nie spełniała wymogów SIWZ, gdyż próbki przedstawione przez obu wykonawców zawierały produkty marki H., co jak zostały wykazane powyżej, nie spełniały parametrów wskazanych w SIWZ.

Na tej podstawie przesłankę unieważnienia postępowania należy uznać za spełnioną.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.09.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.09.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł 5.10.2017 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić – jako dowód – dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał w załączniku do SIWZ pod nazwą »Opakowania jednorazowego użytku do posiłków« (na podstawie cz. 3 ust. 3.1 SIWZ) aby oferowane pojemniki na posiłki posiadały w szczególności głębokość spodu 48 mm z tolerancją 2 mm czyli głębokość zaoferowanego pojemnika musiała wynosić od 46 do 50 mm. Zamawiający oprócz pisemnych deklaracji wymagał dołączenia do oferty przykładowych pojemników.

Izba, zgodnie z metodologią wskazaną przez odwołującego przeprowadziła oględziny i pomiary dostarczonych przez zamawiającego próbek pojemników. Metoda polegała na poziomym położeniu na wierzchu pojemnika linijki i następnie zmierzeniu odległości od linijki do spodu pojemnika ustawiając miarkę pionowo między spodem pojemnika i linijką. W każdej z trzech dostarczonych przez zamawiającego próbkach pojemników wynik pomiaru przeprowadzony tą metodą wynosił 42 mm. Tak więc był co najmniej o 4 mm za mały w stosunku do wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ.

Z tego należy wysunąć wniosek, że oferta wybranego wykonawcy K. nie spełnia wymagań zamawiającego postawionych w SIWZ. Zamawiający dokonując właściwych pomiarów przedstawionych przykładów pojemników nie może uzyskać innych wyników pomiaru niż wyników pomiarów zaprezentowanych podczas rozprawy i dlatego zamawiający powinien stwierdzić, że oferowany przedmiot nie spełnia wymagań zamawiającego i z tego powodu oferta wybranego wykonawcy K. podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W związku z tym, że również wykonawca B. zaoferował pojemniki tego samego producenta zamawiający powinien i w stosunku do wykonawcy B. zastosować tę samą procedurę.

Dlatego zamawiający powinien dokonać unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia badania ofert i dokonać nowego badania ofert stosując do przeprowadzenia pomiarów głębokości pojemników metodę wskazaną przez odwołującego. W konsekwencji zamawiający powinien dojść do wniosku, że zaoferowane przez wykonawcę K. oraz przez wykonawcę B. pojemniki nie spełniają wymagań zamawiającego. Dlatego wszystkie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie zacytowanego wyżej art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji zamawiający powinien unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«.

Ze względu na zaniechanie odrzucenia ofert niespełniających wymagań SIWZ zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....