

Sygn. akt: KIO/KD 17/19

## UCHWAŁA

### KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 18 marca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 lutego 2019 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Akademii Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 4 lutego 2019 roku, (znak **UZP/DKZP/WKZ1/421/21(17)/18/MSZ**) dot. **KDN/22/18/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

***dostawę artykułów chemii gospodarczej (znak postępowania 54/ZP/17)***

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Członkowie: Irmina Pawlik**

**Katarzyna Prowadzisz**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 14 lutego 2019 roku do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 lutego 2019 r. zasługują częściowo na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „kontrolującym”) wszczął kontrolę doraźną w sprawie udzielonego przez Zamawiającego Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na dostawę *artykułów chemii gospodarczej* (znak postępowania: 54/ZP/17).

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 r. Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia brakujących kart produktów zaofertowanych w ramach części I zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „DRACHMA P. M. złożonej w zakresie części I zamówienia, z uwagi na to iż jej treść nie odpowiadała wymaganiom określonym w SIWZ, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy „SIMBHP” Sp. J. S. M., I. M. do złożenia wyjaśnień, czy zaofertowana pasta do obuwia zawiera воск pszczeli;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części I wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu dotyczącym naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP przedstawił argumentację, wskazując, iż przedmiotem udzielonego zamówienia była — w podziale na dwie części — dostawa artykułów chemii gospodarczej na rzecz Zamawiającego — Akademii Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni. Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ zawierającym w punkcie 1 „WYMAGANIA DODATKOWE DO CZĘŚCI I” wskazał, iż do oferty należy dołączyć karty charakterystyk i karty produktowe (opisy w formie instrukcji określające stężenie robocze poszczególnych środków chemicznych) oferowanych środków.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca P.P.H.U „DRACHMA” nie dołączył do oferty kart dotyczących produktów zaoferowanych w następujących pozycjach: 2, 8, 14, 28, 30, 3, 34, 38, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57, 58, 59, 61, 75, 87, 94, 107.

Prezes UZP podkreślił, iż z przekazanej dokumentacji wynika, że Zamawiający nie występował na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie ww. dokumentów przedmiotowych.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadza się z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Prezesa UZP, w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zaniechał spełnienia ww. obowiązku wobec niezłączenia do oferty przez Wykonawcę „DRACHMA” kart produktu dla ww. pozycji w części I zamówienia, co stanowiło naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z treścią wzoru Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w zakresie części I — artykuły chemii gospodarczej, w pozycji nr 41 Zamawiający wymagał dostarczenia 177 sztuk pasty do obuwia. Zamawiający wskazał w opisie ww. pozycji nr 41 formularza ofertowego, iż ma to być „pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli w pudełku 50 ml”.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia wynika, iż pismem z dnia 11 lipca 2017 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej — w zakresie części I zamówienia — złożonej przez Wykonawcę P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. (dalej jako „Wykonawca” lub P.P.H.U. „DRACHMA”).

Zgodnie z treścią Formularza Ofertowego złożonego przez ww. Wykonawcę, zaoferował on w pozycji nr 41 — zgodnie z treścią kolumny zatytułowanej „Nazwa produktu i

producenta” — Pastę do obuwia czarną „Ara”. Do oferty nie została dołączona żadna karta charakterystyki ani karta produktu, której Zamawiający wymagał na podstawie pkt 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ — „Opis przedmiotu zamówienia”.

W dniu 17 lipca 2017 roku inny Wykonawca, który ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, wystosował do Zamawiającego zawiadomienie, w którym wskazał na niezgodność oferty P.P.H.U. „DRACHMA” z treścią SIWZ m. in. w zakresie produktu zaoferowanego w pozycji nr 41 w części I: *Pasta zaoferowana przez P.P.H.U. Drachma P. M. nie zawiera wosków pszczelich i występuje w opakowaniu 40 ml*, o czym informował Zamawiającego również w dniu 4 lipca 2017 roku.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w dniu 17 lipca 2017 roku, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę P.P.H.U. „DRACHMA” do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym w zakresie produktu zaoferowanego w pozycji nr 41: *Zamawiający wskazał pastę do obuwia czarną zawierającą wosk pszczeli. Czy zaoferowana przez Państwa pasta zawiera taki wosk?* Wyjaśnień należało udzielić do dnia 19 lipca 2017 r., do godz. 9.00.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 17 lipca 2017 roku (przekazanym drogą elektroniczną w dniu 18 lipca 2017 r. o godz. 8.42) ww. Wykonawca oświadczył

*w pkt 3, iż zaproponowana pasta to doskonała pasta woskowa do butów ze wszystkich skór gładkich, dzięki wysokiej zawartości wosków niezrównana w ochronie butów przed przemakaniem, błotem i solą. Pielęgnuje, odżywia i chroni. Woski to związki naturalne wykorzystywane przez przyrodę do ochrony przed wodą. Cienka warstwa pasty naniesiona na powierzchnię buta zapewnia natłuszczenie i impregnację skóry. Jednym z wosków naturalnych jest wosk pszczeli.* Dodatkowo ww. Wykonawca załączył do wyjaśnień kartę charakterystyki

z opisem pasty do obuwia ARA, opatrzoną zdjęciem produktu, oraz zawierającą wyżej cytowaną treść, wraz z adresem strony internetowej, pod którym znajdowały się ww. informacje na temat pasty do obuwia ARA: <http://www.ara.szczecin.pl/produkty/do-obuwia-i-sk%C3%B3r/pasta-do-obuwia-ara-pude%C5%82ka-plastikowe-czarna>.

Stosownie do zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje

po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Jak stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jak wynika z dokumentacji, na podstawie przekazanej przez Wykonawcę pismem z dnia 17 lipca 2017 r. karty, Zamawiający dysponował informacją, iż pasta do obuwia ARA zaoferowana przez Wykonawcę „DRACHMA” nie odpowiada wymaganiom postawionym w SIWZ w zakresie pojemności opakowania (40 ml zamiast wymaganych 50 ml), co jednoznacznie wynikało ze zdjęcia, jak i z opisu zamieszczonego na stronie internetowej producenta, do której link podał Wykonawca w załączniku do pisma z dnia 17 lipca 2017 r.

W wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2018 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie kontrolującego, Zamawiający podniósł, iż w zakresie uzasadnienia, w oparciu o które przyjął, iż produkt zaoferowany przez Wykonawcę P.P.H. U. „DRACHMA” P. M. w pozycji 41 część I — pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli w pudełku 50 ml spełnia wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w zakresie wymaganej w SIWZ pojemności opakowania - należy wskazać, iż działanie Zamawiającego oparte zostało omyłkowo na błędnym wskazaniu pojemności pojemniczka z przedmiotową pastą (a która to pojemność faktycznie nie występuje w odniesieniu do tego produktu na rynku i której to pojemności nie zaoferował żaden z Wykonawców). Nie zostało również zadane przez żadnego z Wykonawców zapytanie dotyczące pojemności przedmiotowej pasty, tak by można było sprostować zapis SIWZ.

*Zamawiający podkreślił, iż z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego w rzeczonem przypadku należy działanie Zamawiającego uznać za omyłkę nieistotną o tyle, że nie można stwierdzić, iż mogłaby ona stanowić naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji jako wymóg zawyżony o charakterze uniemożliwiającym dostęp do samego postępowania lub uczestnictwa w nim. Każdy z Wykonawców zaoferował pastę do obuwia czarną, zawierającą wosk pszczeli, pastę woskową, przeznaczoną do skór gładkich o pojemności 40 ml (a nie jak w SIWZ 50 ml), zatem każdy z Wykonawców spełnił wymóg Zamawiającego zawarty w SIWZ. Zamawiający nie kwalifikował ofert w odniesieniu co do pojemności, gdyż w tym zakresie takiego kryterium nie można było zastosować z uwagi na wspomnianą pomyłkę.*

Prezes UZP odnosząc się do powyższych wyjaśnień Zamawiającego, wskazał, że nie wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zaoferowali pastę do obuwia w pudełku 40 ml. Jak wynika bowiem z analizy treści ofert złożonych w

postępowaniu, pastę w pudełku 50 ml zaoferował wykonawca SIMBHP Sp. J. Ponadto, w toku kontroli zostało ustalone, iż na rynku były dostępne pasty do obuwia, które spełniały wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ, tj. pasty do obuwia zawierające воск pszczeli w opakowaniu o pojemności 50 ml. Tytułem przykładu wskazana została pasta woskowa do butów Saphir 50 ml. W świetle powyższego nie sposób uzasadniać, iż *działanie Zamawiającego oparte zostało omyłkowo na błędnym wskazaniu pojemności pojemniczka z przedmiotową pastą (a która to pojemność faktycznie nie występuje w odniesieniu do tego produktu na rynku i której to pojemności nie zaoferował żaden z Wykonawców)*. Tym samym błędy w sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny obciążać odbiorcy oświadczenia woli zawartego w tym dokumencie, tj. oferenta.

W tym miejscu Prezes UZP dodał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się formalizmem, a Zamawiającego jak i wykonawców, obowiązują określone procedury zawarte w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych doprecyzowane w SIWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają obowiązek złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o czym wprost stanowi art. 82 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Postanowienia SIWZ mogą zostać zmodyfikowane jedynie na zasadach określonych w art. 38 ust. 4 i nast. Prawa zamówień publicznych.

Ponadto podkreślił, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w SIWZ — we wzorze Formularza Ofertowego, iż dla pozycji nr 41 w części I wymaga pasty do obuwia czarnej, zawierającej воск pszczeli, w opakowaniu 50 ml.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, w związku z czym zaistnienie przesłanki w nim wymienionej — musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. W niniejszym przypadku oferta nie opowiadała treści SIWZ w zakresie pozycji 41 części I zamówienia. Wobec powyższego na mocy przywołanego wyżej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę Wykonawcy „DRACHMA” P. M..

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, iż w Formularzu Ofertowym, będącym załącznikiem nr 4 do specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, Zamawiający w pozycji nr 41 część I wymagał zaoferowania produktu określonego następująco: *Pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeleli w pudełku 50 ml - w ilości 177 sztuk.*

Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ zawierającym „WYMAGANIA DODATKOWE DO CZĘŚĆ I” opis przedmiotu zamówienia w punkcie 1 wskazał, iż do oferty należy dołączyć karty charakterystyk i karty produktowe (opisy w formie instrukcji określające stężenie robocze poszczególnych środków chemicznych) oferowanych środków.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż Wykonawca SIMBHP Sp. J. S. M., I. M., zwany dalej jako: „SIMBHP” zaoferował w pozycji nr 41 Formularza Ofertowego w części I produkt: pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeleli, w pudełku 50 ml, PALC/2512. Wykonawca dołączył kartę charakterystyki dla ww. produktu, będącą zrzutem ekranu ze strony internetowej zawierającej zdjęcie i opis pasty o symbolu 2512.

Treść ww. karty charakterystyki stanowi: „Tradycyjna pasta w puszcze plastikowej na bazie wosków. Pielęgnuje, pokrywa zadrapania, odświeża i zabezpiecza przed wilgocią, nadaje połysk po polerowaniu, symbol 2512 poj. 50 ml”.

W tym miejscu należy wskazać, iż karta charakterystyki dla pasty firmy PALC nie zawierała jednoznacznej informacji na temat tego czy w skład jej wchodzi wosk pszczeleli, czy też tylko innego pochodzenia woski jak np. wosk zwierzęcy (lanolina). A zatem Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia czy oferta ww. Wykonawcy — w zakresie pozycji nr 41 Formularza Ofertowego - odpowiada treści wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc nie podlega obowiązkowi odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy również wskazać, iż zgodnie z zdaniem pierwszym art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zawarte w ww. przepisie uprawnienie zamawiającego do wezwania wykonawcy o udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty może jednakże przerodzić się w obowiązek zamawiającego w sytuacji, gdy oferta wykonawcy miałaby podlegać odrzuceniu. Powyższe uzasadniają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zdaniem Prezesa UZP Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę SIMBHP, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, czy ww. produkt spełnia wymagania postawione w SIWZ w zakresie zawartości wosku pszczelego. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, Zamawiający zaniechał tego wezwania, co skutkowało brakiem odrzucenia oferty SIMBHP.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem w jego konsekwencji zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści

SIWZ. Jak bowiem ustalono w toku kontroli oferowana pasta do butów nie zawiera wosku pszczelego.

W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Prezes UZP wskazał, iż z protokołu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w postępowaniu wpłynęły oferty złożone przez następujących wykonawców:

1. „OPTIMAL” D. J.z (część II)
2. NATURAL C. S. (część I i II)
3. P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. (część I)
4. SIMBHP Sp.j. S. M., I. M. (część I i II)

Oferta Wykonawcy NATURAL została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Zamawiający powtórzył czynność oceny i badania ofert. W wyniku powyższego dokonał wyboru ofert DRACHMA na część I oraz OPTIMAL na część II, jako oferty najkorzystniejsze w kryterium cenowym i spełniające warunki zawarte w SIWZ.

W ocenie Prezesa UZP, na podstawie ustaleń podjętych w toku kontroli doraźnej, oferta Wykonawcy DRACHMA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie pozycji nr 41 części I.

Dodatkowo, w rezultacie analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania, wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego oraz w oparciu o powzięte w toku kontroli doraźnej informacje dotyczące produktu zaoferowanego w ww. pozycji przez Wykonawcę SIMBHP, ustalono, iż również oferta Wykonawcy SIMBHP w zakresie części I niniejszego postępowania podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Wykonawca OPTIMAL złożył ofertę na część II, powyższe oznacza, iż w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części I zamówienia nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zatem Zamawiający obowiązany był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

**Pismem z dnia 14 lutego 2019 roku Zamawiający na mocy art. 167 ust. 1 ustawy Pzp wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.**



W ocenie Zamawiającego, żaden ze stawianych mu zarzutów nie doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Wszelkie działania Zamawiającego mieściły się w dozwolonych granicach ustawy Prawo Zamówień Publicznych a postawione zarzuty są wynikiem pierwotnego zarzutu, a mianowicie zaniechania wezwania Wykonawcy P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia brakujących kart produktów zaoferowanych w ramach części I zamówienia. Kolejno stawiane zarzuty mają charakter następczy, tzn. zaistniały tylko i wyłącznie z tytułu postawienia zarzutu pierwszego, a który to w ocenie Zamawiającego należy obalić, chociażby z faktu oparcia się przez organ na okolicznościach niezgodnych ze stanem faktycznym.

Drobne uchybienia jakie miały miejsce w toku poddanego kontroli doraźnej postępowania o zamówienie publiczne, nie miały wpływu na przebieg tegoż postępowania. Wręcz przeciwnie, wszelkie okoliczności podlegały kompleksowej ocenie, tak aby zachować bezstronność i obiektywizm stosownie do głównego i jedyne kryterium wyboru Wykonawcy, jakim w postępowaniu była w 100% cena.

Zamawiający, odnosząc się do treści pierwszego z zarzutów, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia brakujących kart produktów zaoferowanych w ramach części I zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wskazał na niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym

i dokumentacją postępowania postawienie zarzutu, iż rzekomo w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca P.P.H.U. „DRACHMA” nie dołączył do oferty kart katalogowych dotyczących produktów zaoferowanych w 27 pozycjach, podczas gdy karty o numerach: 45, 46, 47, 49, 50, 53, 54, 58, 75, 87, 94, 107 stanowią część dokumentacji postępowania i zostały dołączone do oferty tego podmiotu. Natomiast karty o numerach 8, 14, 28, 30, 33, 34 nie były wymagane, ponieważ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ogólny (jak np. mydło toaletowe - kostka 100 g w poz. 30), zatem w sposób nie wymagający przedstawienia opisu danego produktu w formie instrukcji określającej stężenie robocze poszczególnych środków chemicznych).

Zważając na fakt, iż przygotowanie karty charakterystyki jest wymagane i konieczne tylko w ściśle określonych przypadkach, dla ściśle określonych substancji i mieszanin chemicznych, w ocenie Zamawiającego, nie było wymagane przedłożenie ich w odniesieniu do kilku produktów objętych przedmiotem zamówienia w sposób ogólny (jak m.in. pasta bhp usuwająca uporczywe zabrudzenia do rąk typu: tłuszcz, smar, olej, sadza, kurz detergentowo-mydlany ze ścierniwem i gliceryną w opakowaniu 50g) i konsekwencją tego

było zaniechanie wystąpienia do P.P.H.U. „DRACHMA” o uzupełnienie kart charakterystyki w odniesieniu do tych kilku produktów.

Zamawiający dodał w wyjaśnieniach, że karta charakterystyki jest wymagana, gdy produkt nie jest objęty wyłączeniem wynikającym z punktu 6 art. 2 Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE (REACH) oraz gdy klasyfikowany jest jako stwarzający zagrożenie lub zawiera substancję stwarzającą zagrożenie w wymienionych wcześniej stężeniach. Karta charakterystyki będzie więc wymagana dla działającego drażniącego na oczy płynu do mycia naczyń, ale nie dla działającego drażniącego na oczy mydła w płynie, tak jak to mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku.

Podsumowując, Zamawiający odnosząc się do pozostałych 5 pozycji produktów, co do których nie zawnioskował do Wykonawcy P.P.H.U. „DRACHMA” o uzupełnienie ww. dokumentów wyjaśnił, iż wynikało to z faktu, iż w jego ocenie nie były one wymagane dla danych produktów, ponieważ spełniały one kryteria wyłączeń czy też wyjątków. Zamawiający na podstawie wskazanych wyłączeń uznał, iż posiada co do powyższych produktów pakiet kompletnych informacji na temat danego produktu.

Zważając na całokształt powyższego, w ocenie Zamawiającego nie doszło po jego stronie do naruszenia zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zaniechanie wezwania Wykonawcy „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia kilku brakujących kart produktów zaferowanych w ramach części I zamówienia, nie było wynikiem dowolności Zamawiającego, a faktem braku przesłanek do zastosowania tej instytucji.

Odnosząc się do zarzutu drugiego polegającego na naruszeniu art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „DRACHMA” P. M. złożonej w zakresie części I zamówienia, z uwagi na to iż jej treść nie odpowiadała wymaganiom określonym w SIWZ, Zamawiający nie zgodził się z kontrolującym, iż powyższe zaniechanie może zostać zakwalifikowane jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Zamawiającego nie zaistniała po stronie finy P.P.H.U. „DRACHMA” P. K. przesłanka warunkująca odrzucenie oferty tegoż podmiotu, a jej treść odpowiadała warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dodatkowo zweryfikowanych na podstawie wyjaśnień podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Kwestionowany element oferty to produkt w pozycji 41 Formularza ofertowego część I: Pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli w pudełku 50 ml. Jednym z kryteriów, jakim kierował się Zamawiający przy wyborze było wskazanie, czy dana pasta zawiera wosk pszczeli. W zakresie uzasadnienia, w oparciu o które Zamawiający przyjął, iż produkt zaoferowany przez Wykonawcę P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. w pozycji 41 część I - pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli w pudełku 50 ml spełnia wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w zakresie wymaganej w SIWZ pojemności opakowania –Zamawiający wskazał, iż jego działanie oparte zostało omyłkowo na błędnym wskazaniu w SIWZ pojemności pojemniczka z przedmiotową pastą (a która to pojemność faktycznie nie występowała w odniesieniu do tego produktu na rynku po zbadaniu przez Zamawiającego i której to pojemności nie zaoferował żaden z Wykonawców). Zamawiający podniósł również, iż nie zostało zadane przez żadnego z Wykonawców zapytanie dotyczące pojemności przedmiotowej pasty, tak by można było sprostować zapis w SIWZ, a to z uwagi na fakt, iż żaden z podmiotów, potencjalnych wykonawców, nie posiadał w swojej ofercie takowego produktu.

Zamawiający dodał, iż wskazanie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, iż zgodnie z analizą treści ofert złożonych w postępowaniu, pastę w pudełku 50 ml zaoferował wykonawca SIMBHP Sp.j. nie ma znaczenia dla wyniku przedmiotowego postępowania, z uwagi na fakt, iż oferta tegoż Wykonawcy nie była badana merytorycznie wobec okoliczności przekroczenia w ofercie tegoż podmiotu środków, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia na część I, a tym samym nie spełniającym kluczowego i jedyne kryterium tegoż postępowania, tj. kryterium cenowego.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego w rzeczonym przypadku działanie Zamawiającego polegające na wskazaniu w katalogu zapotrzebowania produktów pojemności pasty 50 ml, a zaoferowaniu przez Wykonawców pasty o pojemności 40 ml, uznać należało za omyłkę nieistotną o tyle, że nie można na tej podstawie stwierdzić, iż mogłaby ona stanowić naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji jako wymóg zawyżony  
o charakterze uniemożliwiającym bądź utrudniającym dostęp do samego postępowania lub uczestnictwa w nim.

Zamawiający wyjaśnił, iż każdy z Wykonawców zaoferował pastę do obuwia czarną, zawierającą wosk pszczeli, pastę woskową, przeznaczoną do skór gładkich o pojemności 40 ml (a nie tak jak w SIWZ 50 ml), zatem każdy z Wykonawców spełnił wymóg

Zamawiającego zawarty w SIWZ. Zamawiający nie kwalifikował ofert w odniesieniu do pojemności przedmiotowego produktu, lecz co do jego właściwości fizykochemicznych, a to z uwagi na fakt, iż w zakresie pojemności, takiego kryterium nie można było zastosować w związku z wyżej wspomnianą omyłką. Ponadto, kluczowym w sprawie było kryterium ceny.

Zważając na możliwość wystąpienia w toku procedury przetargowej omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawców biorących udział w postępowaniu, Zamawiający uznał, iż omyłka zaszła po jego stronie, ale nie rzutowała ona w jego ocenie na wynik postępowania.

Odnosząc się do całokształtu powyższego, w ocenie Zamawiającego w przedmiotowym przypadku nie mogło dojść do sytuacji odrzucenia oferty Wykonawcy „DRACHMA” P. M. z uwagi na brak rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, polegającego na naruszeniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy „SIMBHP” Sp. J. S. M., I. M. do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana pasta do obuwia zawiera wosk pszczeli, Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie art. 87 ust. 1 Pzp służy uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy treści zawarte w ofercie nie są jednoznaczne – co w ocenie Zamawiającego nie wystąpiło w zakresie oferty ww. wykonawcy. Z treści oferty firmy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. wynikała informacja, iż w odniesieniu do produktu w pozycji 41 Formularza ofertowego w części I produkt: pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli, w pudełku 50 ml, PALC/2512, stanowiąca jednoznaczną odpowiedź na wymóg Zamawiającego. Nie istniało zatem zobowiązanie po stronie Zamawiającego aby żądać wyjaśnień w odniesieniu do tego produktu. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż w toku rzeczonoego postępowania zastosowano kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Zamawiający dokonał wyboru oferty w związku z nieskomplikowanym charakterem jakim jest zamówienie na dostawę artykułów chemii gospodarczej. Aby określić wymagane standardy w odniesieniu do tego rodzaju zamówienia, wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jaka powinna być jakość zamawianych produktów, jakie standardy jakościowe dane produkty powinny spełniać.

Zamawiający uznał, iż dochował należytej staranności żądając wyjaśnień w zakresie pasty do obuwia czarnego zawierającej wosk pszczeli w pudełku 55 ml- w ilości 177 sztuk od podmiotów, których produkty jednoznacznych wskazań w tym zakresie nie zawierały, natomiast nie odnosiło się to do spółki „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M..

W konsekwencji powyższego, w ocenie Zamawiającego nawet jeśli ostatecznie kontrolujący stwierdził w toku kontroli, iż oferowana pasta do butów nie zawiera wosku

pszczelnego, nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta firmy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. nie spełniała w ogóle kryteriów oceny ofert danego postępowania.

W tym miejscu Zamawiający wskazał, iż dokonuje on oceny ofert poprzez zastosowanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Stosowanie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty ma na celu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli takiej która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający obrał jako jedyne kryterium cenę- waga 100%. A ponieważ zgodnie z głosami doktryny i linią orzeczniczą, kryteria nie służą badaniu ofert, a jedynie ich ocenie, w związku z tym nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie niekorzystnego wyniku oceny ofert. Oferta złożona przez wykonawcę „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. nie spełniała kluczowego kryterium postępowania, tj. ceny, ponieważ znacząco wychodziła poza przewidziany budżet postępowania, który co do części I wynosił 206 168,00 zł brutto (Część I), a oferta SIMBHP Sp.j. S. M., I. M. to kwota 236 969,23 zł brutto, w konsekwencji oferta ta nie podlegała odrzuceniu.

Odnosząc się do finalnego zarzutu polegającego na naruszeniu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części I wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Zamawiający wskazał iż zarzut jest całkowicie bezprzedmiotowy i nie wymaga szczegółowej analizy, a to wobec umotywowanych zastrzeżeń jakie zostały złożone w odniesieniu do powyższych zarzutów.

Zarzut sformułowany w niniejszym punkcie jest de facto konsekwencją mylnego przyjęcia naruszeń wymogów prawa przez Zamawiającego, o których mowa w punktach 1-3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, co ostatecznie prowadzi do konkluzji, iż nie zaszła po stronie Zamawiającego legitymacja do unieważnienia postępowania - zamówienia publicznego na dostawę artykułów chemii gospodarczej- część I (znak postępowania: 54/ZP/17), wobec braku ustawowych przesłanek w tym zakresie.

Zważając na całokształt powyższego, Zamawiający wniósł o pozytywne rozpatrzenie przedmiotowych zastrzeżeń oraz o ich uwzględnienie.

**Pismem z dnia 4 marca 2019 roku Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku.**

Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP stwierdził, że zgodnie z treścią

SIWZ (pkt IV), na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, należało złożyć wypełniony i podpisany formularz oferty zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, a także karty charakterystyki i karty produktowe (opisy w formie instrukcji określające stężenie robocze poszczególnych środków chemicznych) oferowanych środków (dotyczy części I i II). Zamawiający powtórzył treść powyższego wymagania w treści załącznika nr 6 do SIWZ, nadmieniając w pkt 2, aby karty charakterystyk i karty produktu przypisać numerowo odpowiednio do produktu w tabeli. Zamawiający wymagał zatem dołączenia nie tylko kart charakterystyki, ale i kart produktowych, które z kolei nie są zarezerwowane dla substancji chemicznych.

Wykonawca „Drachma” P. M. nie dołączył kart dotyczących produktów zaoferowanych w pozycjach nr 2, nr 41, nr 48, nr 53 i poz. 59 formularza ofertowego, pomimo wymogu wynikającego z treści SIWZ, a Zamawiający nie wystąpił do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie ww. dokumentów.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę NATURAL C. S. do złożenia wyjaśnień treści oferty, w tym m.in. w zakresie pozycji nr 64, 65, 66 prosił o dostarczenie kart produktu. Działaniem tym, Zamawiający dał wyraz temu, że - wbrew argumentacji zawartej w treści zastrzeżeń, nie bagatelizował respektowania wymogu dołączenia do oferty ww. dokumentów wobec określonych pozycji formularza ofertowego, również wobec pozycji, w których wskazane były produkty niebędące substancjami chemicznymi.

Wobec powyższych okoliczności Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w punkcie pierwszym Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia brakujących kart produktów zaoferowanych w ramach części I zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes UZP nie podzielił również argumentacji Zamawiającego z której wynika, iż *oferta Wykonawcy „DRACHMA” nie podlegała odrzuceniu na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie opisanego niezgodności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ, ponieważ Zamawiający omyłkowo wskazał w opisie pozycji nr 41, aby pojemność opakowania wynosiła 50 ml, a która to pojemność faktycznie nie występowała w odniesieniu do tego produktu na rynku (..) i której to pojemności nie zaoferował żaden z Wykonawców.*

Prezes UZP podkreślił, iż określenie przez Zamawiającego wymogu dostarczenia pasty do obuwia w pudełku o pojemności 50 ml było jednoznaczne i zrozumiałe. Ponadto na rynku w chwili prowadzenia przedmiotowego postępowania dostępna była pasta do obuwia w opakowaniu o wymaganej przez Zamawiającego pojemności, spełniająca wszystkie wymagania opisane w pozycji nr 41 formularza ofertowego.

Wskazał również na sprzeczność pomiędzy twierdzeniem Zamawiającego, że nie brał pod uwagę zapisu dotyczącego pojemności pasty do obuwia a wezwaniem Wykonawcy NATURAL C. S. z dnia 30 czerwca 2017 roku, w którym to Zamawiający prosił o wyjaśnienie, jakiej pojemności jest opakowanie zaoferowanej pasty.

Ponadto, Prezes UZP podkreślił, iż *działanie Zamawiającego określone przez siebie jako omyłkowe - de facto należałoby uznać za niedopuszczalną zmianę SIWZ, dokonaną po upływie terminu do składania ofert. Jak bowiem wyjaśnił Zamawiający, każdy z Wykonawców spełnił wymóg Zamawiającego zawarty w SIWZ. Zamawiający nie kwalifikował ofert w odniesieniu do przedmiotowego produktu co do pojemności, gdyż w zakresie takiego kryterium nie można było zastosować z uwagi na wspomnianą omyłkę.*

Prezes UZP podkreślił wiążące znaczenie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia od chwili udostępnienia jej wykonawcom oraz obowiązek przestrzegania jej zapisów przez Zamawiającego. Wskazał, iż w analizowanym stanie faktycznym, nie mamy do czynienia ani z niejednoznacznością, sprzecznością zapisów SIWZ w zakresie poz. nr 41, ani z omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający nie miał możliwości konwalidowania przedmiotowej niezgodności między treścią oferty a SIWZ, z uwagi na brak podstaw, aby uznać, że niezgodność przedmiotu zaproponowanego w pozycji nr 41 części I zamówienia z opisanym przedmiotem SIWZ stanowi tzw. inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji opisana niezgodność treści oferty z wymaganiami StWZ powinna skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy „DRACHMA” na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w punkcie drugim Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 r. naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „DRACHMA” P. M. złożonej w zakresie części I zamówienia, z uwagi na to iż jej treść nie odpowiadała wymaganiom określonym w SIWZ, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz udzielania zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Prezes UZP nie podzielił również argumentacji Zamawiającego, iż *w przedmiotowym postępowaniu nie zaktualizował się obowiązek Zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ oferta firmy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. zawierała w odniesieniu do produktu pozycji 41 Formularza ofertowego w części I produkt: pasta do obuwia czarna zawierająca wosk pszczeli, w pudełku 50 ml, PALC/2512, stanowiąc jednoznaczną odpowiedź na wymóg Zamawiającego.*

Z załączonej do oferty karty charakterystyki produktu nie wynikało czy w skład pasty wchodzi wosk pszczeli, czy też jedynie woski innego pochodzenia, jak np. wosk zwierzęcy (lanolina). To – zdaniem Prezesa UZP winno skutkować powstaniem wątpliwości, czy oferta Wykonawcy SIMBHP Sp. j. odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc czy nie podlega obowiązkowi odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, iż zaniechanie obowiązku, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika z okoliczności, iż oferta firmy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. nie spełniała w ogóle kryteriów oceny ofert danego postępowania, a w konsekwencji nie podlegała odrzuceniu.

Prezes UZP wyjaśnił, iż zgodnie z systematyką ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający bada, a następnie ocenia oferty na podstawie art. 91 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności dokonuje więc weryfikacji, czy żadna ze złożonych w postępowaniu ofert nie powinna zostać odrzucona. Zamawiający sprawdza zatem oferty wszystkich wykonawców pod kątem ewentualnego wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający wybiera tę, która zajmuje najwyższą pozycję w rankingu sporządzonym na podstawie kryteriów oceny ofert.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Okoliczność, że cena oferty Wykonawcy SIMBHP Sp. j. przewyższała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie mogła uzasadniać zaniechania zbadania tej oferty pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wystąpienia do Wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty. Ta zaś w ocenie Kontrolującego organu nie była jednoznaczna, biorąc pod uwagę, że treść informacji przekazanych wraz z ofertą nie potwierdzała okoliczności, którą Zamawiający - jak wskazał - badał w odniesieniu do pozycji nr 41, w zakresie zawartości w jej składzie wosku pszczelego. Uprawnienie Zamawiającego do wezwania wykonawcy o udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp może przerodzić się w obowiązek zamawiającego w sytuacji, gdy oferta wykonawcy miałaby podlegać odrzuceniu, z czym w ocenie Prezesa UZP mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Obowiązek żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.



Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 r. naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy SIMBHP Sp. j. S. M., I. M. do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana pasta do obuwia zawiera wosk pszczeli, a w konsekwencji nie dokonał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści SIWZ. Wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń w zakresie naruszeń wskazanych w pkt 1-3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku, Prezes UZP podtrzymał również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

**W związku z powyższym, na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp Prezes UZP przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.**

**Izba zważyła, co następuje – zastrzeżenia Zamawiającego są częściowo zasadne.**

W zakresie zarzutu pierwszego, polegającego na naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy „DRACHMA” P. M. do uzupełnienia brakujących kart produktów zaoferowanych w ramach części I zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, Izba podziela stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku.

W treści SIWZ (Załącznik nr 6) Zamawiający ustanowił wymóg, iż do oferty należy dołączyć karty charakterystyki i karty produktowe (opisy w formie instrukcji określające stężenie robocze poszczególnych środków chemicznych) oferowanych produktów. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie wskazał sytuacji lub produktów (np. ściśle określonych substancji lub mieszanin chemicznych, ich składu czy klasyfikacji) których zaoferowanie stanowiłoby możliwość odstępstwa od ustanowionego wymogu, przez co wykonawca nie musiałby składać wymaganych w SIWZ dokumentów przedmiotowych. Brak takiego wyłączenia oznacza, że wymóg złożenia ww. dokumentów dotyczy wszystkich wykonawców oraz wszystkich oferowanych przez nich produktów.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku, Zamawiający wyjaśnił, iż *przygotowanie karty charakterystyki jest wymagane i konieczne tylko w ściśle określonych przypadkach, dla ściśle określonych substancji i mieszanin chemicznych, w ocenie Zamawiającego nie było wymagane przedłożenie ich w odniesieniu do kilku produktów objętych przedmiotem zamówienia w sposób ogólny (...) i konsekwencją tego było zaniechanie wystąpienia do P.P.H.U. „DRACHMA” o uzupełnienie kart charakterystyki w odniesieniu do tych kilku produktów, tymczasem zarzut postawiony przez Prezesa UZP odnosi się do braku uzupełnienia kart katalogowych a nie do kart charakterystyki, do których*

odnosi się Zamawiający. Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż odnosząc się do pozostałych 5 pozycji produktów, co do których Zamawiający nie zawnioskował do Wykonawcy P.P.H.U. „DRACHMA” o uzupełnienie ww. dokumentów, otóż wynikało to z faktu, iż w jego ocenie nie była ona wymagana dla danych produktów, gdyż spełniały one kryteria wyłączeń czy też wyjątków. Zamawiający na podstawie wskazanych wyłączeń uznał, iż posiada co do powyższych produktów pakiet kompletnych informacji na temat danego produktu.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Wymóg ustanowiony w treści SIWZ był jednoznaczny i precyzyjny. Nie przewidywał wyjątków i odstępstw od konieczności jego wypełnienia.

Izba podziela argumentację przywołaną przez Prezesa UZP w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 roku, sygn. akt KIO 868/10 *iz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego — jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych.*

Zatem każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zobowiązany był do jego spełnienia. Brak złożenia wymaganych kart produktów przez wykonawcę P.P.H.U. „DRACHMA” skutkowało koniecznością wezwania tegoż wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących kart. Obowiązek złożenia dokumentów wynikał wprost z zapisów SIWZ, a Zamawiającemu na etapie oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować jej zapisów i odstępować od ustanowionych wymogów. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji, działanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 26 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „DRACHMA P. M. złożonej w zakresie części I zamówienia, z uwagi na to iż jej treść nie odpowiadała wymaganiom określonym w SIWZ, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, Izba również podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP, wyrażoną w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku., przyjmując ją w tym zakresie za własną.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż po stronie firmy P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. nie zaistniała przesłanka warunkująca odrzucenie oferty tegoż podmiotu, a jej treść odpowiadała warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie wymaganej pojemności opakowania. W treści SIWZ, Zamawiający dla pozycji 41 formularza ofertowego w zakresie części I, w opisie pozycji wskazał: *Pasta do obuwia czarna*

*zawierająca wosk pszczeli w pudełku 50 ml.* Zamawiający wyjaśnił, iż wskazana w SIWZ pojemność opakowania 50 ml została podana omyłkowo (stanowiąc omyłkę nieistotną), nie występuje bowiem na rynku w opakowaniu o tej wielkości, ponadto żaden z wykonawców takiej pojemności nie zaoferował, co winno skutkować uznaniem oferty za zgodną z SIWZ. Jedynie wykonawca SIMBHP Sp. j S. M., I. M. zaoferował pastę w opakowaniu 50 ml, jednak z uwagi na to, iż cena podana w ofercie przewyższyła kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, oferta tegoż wykonawcy nie była brana pod uwagę.

W ocenie Izby nie można przyjąć argumentacji Zamawiającego za właściwą. Niezgodność pojemności oferowanego opakowania z zapisami SIWZ oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i winna skutkować odrzuceniem oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Nie ma tu również znaczenia przyczyna czy podstawa ustanowienia przez Zamawiającego treści SIWZ. Treść SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla Zamawiającego w zakresie przestrzegania wymogów w niej zawartych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością powodującą powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ a po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Warunki te winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle - stanowi to, przez ograniczenie uznaniowości zamawiającego, warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż na etapie oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ i ocenianie ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ.

W wyniku wyjaśnienia treści oferty z dnia 17 lipca 2017 roku, dokonanego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, Zamawiający otrzymał informację, iż wskazana w pozycji 41 formularza oferty pasta do obuwia w ofercie wykonawcy P.P.H.U. „DRACHMA” P. M. oferowana jest w opakowaniu o pojemności 40 ml. W tym zakresie, pojemność opakowania nie jest zgodna z wymogami SIWZ, zgodnie z którymi Zamawiający wymagał pasty w opakowaniu 50 ml, co winno skutkować koniecznością odrzucenia oferty.

Reasumując, zaniechanie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy „SIMBHP” Sp. J. S. M., I. M. do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana pasta do obuwia zawiera wosk pszczeli, Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP wyrażonego w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lutego 2019 roku.

Argumentacja Zamawiającego, z której wynika, że nie musiał on wzywać wykonawcy SIMBHP Sp. j. S. M., I. M. do składania wyjaśnień w zakresie treści oferty dotyczącej zawartości wosku pszczelego w składzie pasty, bowiem z zapisów formularza oferty wynikało, iż oferowana pasta PALC o symbolu 2512 zawiera wosk pszczeli, w sytuacji gdy informacja ta nie znajduje odzwierciedlenia w karcie charakterystyki jest bezzasadna. Załączona do oferty karta charakterystyki dla pasty firmy PALC nie zawierała jednoznacznej informacji na temat tego, czy w skład pasty wchodzi wosk pszczeli, czy jedynie wosk innego pochodzenia jak np. wosk zwierzęcy (lanolina). Zatem Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w toku postępowania o udzielenie zamówienia czy oferta ww. Wykonawcy - w zakresie pozycji nr 41 formularza ofertowego - odpowiada treści wymagań określonych w SIWZ, a więc czy nie podlega obowiązkowi odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do wykazanego przez Kontrolującego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp należy uznać za zasadne.

Jednakże, zgodzić się należy z Prezesem UZP w zaistniałym stanie faktycznym, że konieczne było przeprowadzenie procedury wyjaśnień w odniesieniu do tego czy w składzie oferowanej pasty do obuwia znajduje się wosk pszczeli. Wykonawca, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego winien był złożyć karty charakterystyki i karty produktowe. Załączony do oferty dokument nie zawierał informacji czy w składzie pasty znajduje się wosk pszczeli.

W ocenie Izby, Zamawiający winien wyjaśnić powyższą wątpliwość, jednakże nie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp a na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, bowiem dotyczy ona dokumentu, który żądany był w trybie art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp.

W powyższych okolicznościach, nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, iż informacje podane w ofercie w zakresie zawartości w składzie pasty, wosku pszczelego są jednoznaczne i nie wymagały wyjaśnień, stanowiąc jednoznaczną odpowiedź na wymóg Zamawiającego. W związku z powyższym, Zamawiający mógł i powinien powziąć wątpliwości, czy oferta Wykonawcy SIMBHP Sp. j. S. M., I. M. odpowiada w treści wymaganiom określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc czy nie podlega obowiązkowi odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można również podzielić argumentacji Zamawiającego, iż brak w składzie oferowanej pasty wosku pszczelego nie miał wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta ta nie spełniała w ogóle kryteriów oceny ofert, którym było kryterium ceny. Nie zasługują na uwzględnienie również poniższe wyjaśnienia: *Zamawiający dokonuje oceny ofert poprzez zastosowanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Stosowanie kryteriów wyboru*

*najkorzystniejszej oferty ma na celu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli takiej która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający obrał jako jedyne kryterium cenę - waga 100%. A ponieważ zgodnie z głosami doktryny i linią orzeczniczą, kryteria nie służą badaniu ofert, a jedynie ich ocenie, w związku z tym nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie niekorzystnego wyniku oceny ofert.*

*Ponieważ oferta „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. nie spełniała kluczowego kryterium postępowania, tj. ceny, iż oferta tej firmy znacząco wychodziła poza przewidziany budżet postępowania, który co do części I wynosił 206 168,00 zł brutto (Część I), a oferta SIMBHP Sp.j. S. M., I. M. to kwota 236 969,23 zł brutto, w konsekwencji oferta ta nie podlegała odrzuceniu.*

W ocenie Izby, powyższe zastrzeżenia Zamawiającego są niezasadne.

Wskazać należy, iż obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający weryfikuje oferty pod względem przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia ofert, m. in. pod kątem zgodności z wymogami SIWZ. Spośród ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, przy zastosowaniu kryteriów wskazanych w SIWZ.

W związku z powyższym, okoliczność że cena oferty Wykonawcy SIMBHP Sp. j. S. M., I. M. przewyższała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może stanowić uzasadnienia dla zaniechania zbadania tej oferty pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wystąpienia do Wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Prezesa UZP w zakresie zarzucanego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części I wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W ocenie Izby, w związku z brakiem wezwania Wykonawcy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, Zamawiający nie miał podstawy aby stwierdzić, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa. Tym samym, nie wystąpiła po stronie Zamawiającego legitymacja do odrzucenia oferty tegoż wykonawcy, a w konsekwencji unieważnienia postępowania w związku z brakiem ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Kontrolujący wyprowadził wnioski dotyczące niezgodności treści oferty wykonawcy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. na podstawie przeprowadzonych czynności kontrolnych, a nie na

podstawie czynności podjętych przez Zamawiającego. Nie powinien on w tym zakresie zastępować Zamawiającego i wyprowadzać daleko idących w skutkach wniosków dla postępowania, jak konieczność jego unieważnienia. Ustalenia poczynione przez Kontrolującego o niezgodności oferty Wykonawcy „SIMBHP” Sp. j. S. M., I. M. zostały oparte wyłącznie na wiadomości e-mail o bardzo lakonicznej treści, nie zawierającej jakichkolwiek informacji czy dokumentów dotyczących specyfikacji produktu (jej składników).

Zdaniem Izby, zgromadzony i przedstawiony do opinii Izby materiał postępowania, nie daje podstaw do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części I wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....