

Sygn. akt KIO/KD 38/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 9 maja 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 11 kwietnia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 1 kwietnia 2019 r. (znak: KND/38/18/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Sukcesywna dostawa artykułów biurowych, papieru ksero formatu A3 i A4 do urzędzeń drukujących oraz artykułów spożywczych dla Grupy Zakupowej PKP S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie : **Renata Tubisz**

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie działający w imieniu i na rzecz zamawiających występujących wspólnie

- 1) PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie
- 2) Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie,
- 4) PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o.w Zamościu
- 5) PKP Informatyka Sp. z o.o. w Warszawie
- 6) PKP cargo S.A. w Warszawie
- 7) PKP Cargo Service sp. z o.o. w Warszawie
- 8) PKP Cargo Connect Sp. z o.o. w Warszawie
- 9) PKP Cargotabor Sp. z o.o. w Warszawie
- 10) Cargotor Sp. z o.o. w Warszawie,
- 1 1) PKP CARGO Centrum Logistyczne Małaszewicze Sp. z o.o. w Małaszewiczach
- 12) PKP Cargo Centrum Logistyczne Medyka- Zurawica Sp. z o.o. w Zurawicy
- 13) Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOŁKOM Sp. z o.o. we Wrocławiu
- 14) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno — Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku,

Prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na sukcesywną dostawę artykułów biurowych, papieru ksero formatu A3 i A4 do urządzeń drukujących oraz artykułów spożywczych dla Grupy Zakupowej PKP S.A.

W dniu 1 kwietnia 2019r. w wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, stwierdzono naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu nie posiadania przez produkty zaoferowane w poz. 280, 281 i 282 formularza cenowego oferty wymaganych przez zamawiającego atestów Państwowego Zakładu Higieny, co prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w załączniku nr 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zawierającego Opis przedmiotu zamówienia, wymagał zgodnie z treścią specyfikacji asortymentu w poz. 283 284 oraz 285 (w wyniku zmiany SIWZ ww. pozycje otrzymały numery odpowiednio 280, 281 i 282), aby oferowane produkty, tj. kubek jednorazowy do napojów zimnych, kubek jednorazowy do napojów gorących oraz łyżeczka jednorazowa posiadały atest Państwowego Zakładu Higieny.

W dniu 19 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o., która w wyniku oceny oferty w zakresie jedynego kryterium (ceny) otrzymała 100 pkt.

W dniu 29 grudnia 2016 r., w związku z dokonaniem wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykonawca Biurpap J.M.G. F. Sp. j., zwany dalej wykonawcą Biurpap” skierował do Zamawiającego pismo, w którym zarzucił, że z jego ustaleń wynika, iż zaoferowane przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. w poz. 280, 281 i 282 kubki jednorazowe do napojów zimnych, gorących oraz łyżeczki jednorazowe nie spełniają wymogu posiadania atestu PZH. Wykonawca Biurpap wskazał, że: „Firma Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze zaoferowała w tych pozycjach odpowiednio: kubki NET OPAKOWANIA kubki ART-PLAST POLSKA i łyżeczki NET OPAKOWANIA. (...). Ostatnio na stronach internetowych wskazanego przez Partner XXI dystrybutora, tj. firmy NET OPAKOWANIA pojawiła się informacja o atescie PZH na kubki i łyżeczki, której jednakże nie było na dzień oceny oferty. (...). Ponadto dystrybutor poproszony o przesłanie atestu uchylił się od spełnienia tej prośby. (...)” Jednocześnie wykonawca Biurpap wskazał, że z informacji przesłanych przez drugiego z dystrybutorów — ART PLAST POLSKA wynika, że kubki jednorazowe do napojów gorących posiadają jedynie deklarację zgodności, nie posiadają jednakże atestu PZH, który nie jest wymagany przepisami prawa.

Zamawiający nie zareagował na ww. pismo i nie podjął działań w celu wyjaśnienia wątpliwości odnośnie ww. pozycji i zgodności zaoferowanego asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia zostały zawarte przez poszczególnych zamawiających w okresie 10 stycznia 2017 r. — 21 marca 2017 r.

Tymczasem jak wynika z przekazanej przez Zzamawiającego kopii dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, pismo wykonawcy Biurpap z dnia 29 grudnia 2016 r. zawiera także korespondencję tego wykonawcy z firmami, które w ofercie wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o. zostały wskazane jako dystrybutorzy oferowanych przez niego jednorazowych kubków i łyżeczek, tj. firmą Łukasz Maciejewski Net-Opakowania oraz Art - Plast Sp. z o.o. Z treści wiadomości elektronicznej Art - Plast Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2016 r. wynika, że kubki jednorazowe do napojów gorących o pojemności 200 ml posiadają tzw. deklarację zgodności. Natomiast przedstawiciel firmy Net-Opakowania w wiadomości mailowej z dnia 30 grudnia 2016 r. przesłał kopie dokumentów dotyczące sztuców, kubków plastikowych białych, brązowych oraz transparentnych o pojemności 200 ml, tj. deklaracje ich producentów (firmy PPHU ADAMIS S.C. M. B.S. B. oraz Kreis Pack Sp. z o.o.) dotyczące zgodności oferowanych produktów z odpowiednimi przepisami Unii Europejskiej, oraz sprawozdanie z badań laboratoryjnych wydane przez Wojewódzką Stację Sanitarno —

Epidemiologiczną w Łodzi. W żadnej z ww. wiadomości ich nadawcy nie wskazali, że oferowane przez nich sztucce oraz kubki jednorazowe posiadają atest PZH ani też nie załączyli kopii takiego atestu.

W toku postępowania wyjaśniającego, w dniu 6 listopada 2017 r. Prezes Urzędu skierował pismo do firmy Net-Opakowania oraz Art - Plast Polska Sp. z o.o. z zapytaniem, czy dostarczane przez nich produkty posiadały na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (tj. 21 września 2016 r.) atesty PZH.

W dniu 7 listopada 2017 r. do Urzędu wpłynęła odpowiedź Art-Plast Sp. z o.o., w której poinformował on, że kubki jednorazowe oferowane przez ww. firmę nie posiadają atestów PZH, ponieważ nie są one obligatoryjnie wymagane i dla zagwarantowania bezpieczeństwa i jakości produktów stosuje się obecnie deklaracje producenta oraz czasami wyniki badań laboratoryjnych dotyczących tych produktów.

Firma Net-Opakowania nie udzieliła odpowiedzi na pismo Urzędu z dnia 6 listopada 2017 r.

W związku z powyższym, w dniu 28 listopada 2017 r. Urząd wystąpił do dyrektora Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego — Państwowego Zakładu Higieny z prośbą o udzielenie informacji, czy produkty oferowane przez firmę Ł. M. Net Opakowania (kubek jednorazowy o kodzie producenta KUBEK02_BIAŁY oraz łyżeczki plastikowe o kodzie producenta łyżeczki_100) posiadały na dzień 21 września 2016 r. atest PZH.

W dniu 14 grudnia 2017 r. do Urzędu wpłynęła odpowiedź dyrektora Państwowego Zakładu Higieny na ww. pismo Urzędu, w której poinformował on, że podmiot gospodarczy wymieniony w piśmie nie posiada świadectwa jakości zdrowotnej NIZP-PZH. Ponadto NIZPPZH poinformował, że świadectwa jakości zdrowotnej są wydawane na zasadach dobrowolności, na wniosek przedsiębiorcy. W przypadku zmiany nazwy firmy możliwa jest weryfikacja świadectwa po podaniu jego numeru i daty wystawienia.

W dniu 22 lutego 2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się do dyrektora Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego — Państwowego Zakładu Higieny z prośbą o udzielenie informacji, czy firma PPHU Adamis S.C. M. B.i S. B. oraz firma Kreis Pack Sp. z o.o. (będące, zgodnie z treścią dokumentów załączonych do wniosku o kontrolę producentami wyrobów oferowanych przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o., których dystrybutorem była firma Net Opakowania) posiadały na dzień 21 września 2016 r. atest PZH na wskazane w piśmie Urzędu produkty.

W dniu 7 marca 2019 r. do Urzędu wpłynęła odpowiedź dyrektora PZH, z której wynika, że wskazane w piśmie Urzędu wyroby nie posiadają świadectwa jakości zdrowotnej NIZP-PZH, ani nie posiadały tego dokumentu na dzień 21 września 2016 r.

Ustalenia postępowania wyjaśniającego oraz kontroli Urzędu (w szczególności korespondencja z Państwowym Zakładem Higieny w Warszawie oraz z dystrybutorem ART PLAST POLSKA) potwierdziły więc podnoszone przez wykonawcę Biurpap wątpliwości, o których informował on zamawiającego i wykazały, że istotnie oferowane w poz. 280, 281 i

282 formularza cenowego przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. produkty, tj. kubek plastikowy biały 0,2 l do napojów zimnych, łyżeczki plastikowe (dystrybutor NET OPAKOWANIA) oraz kubek plastikowy przezroczysty 0,2 l do napojów gorących (dystrybutor ART-PLAST POLSKA) nie posiadają atestów PZH.

Prezes UZP wskazał, 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 myśl bowiem 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 natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Prezes UZP uznał, że zamawiający w związku z informacjami przekazanymi mu przez wykonawcę Biurpap w dniu 29 grudnia 2015 r. mógł i powinien wezwać wykonawcę PARTNER XXI Sp. z o.o., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowany w pozycjach 280, 281 oraz 282 formularza ofert asortyment spełnia wymagania postawione w SIWZ w zakresie posiadania atestu PZH.

Prezes UZP zauważył, że jakkolwiek zamawiający nie żądał w przedmiotowym postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, to jednak w sytuacji powzięcia przez zamawiającego przed zawarciem umowy wątpliwości co do tego, czy oferowane wyroby są zgodne z SIWZ, Zamawiający powinien był przedmiotową kwestię zbadać, w szczególności wobec rozstrzygnięcia, jakie zapadło w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia przed Krajową Izbą Odwoławczą w związku z odwołaniem o sygn. akt KIO 2157/16. W orzeczeniu tym Izba badała analogiczny zarzut dotyczący braku posiadania przez produkty zaoferowane przez innego wykonawcę w poz. 280, 281 i 282 formularza cenowego atestów PZH i uwzględniła go, w uzasadnieniu wskazując, że „Przystępujący poprzestał na gołosłownym oświadczeniu o zgodności oferty z wymaganiami SIWZ w tym

zakresie, nie przedłożył np. informacji od producenta, na którą się powołał. Z kolei dowody złożone przez odwołującego na rozprawie (korespondencja z przedstawicielem firmy Sarantis) potwierdzają, że zaoferowane produkty nie spełniają wymagań dotyczących atestów PZH, jak bowiem wynika z oświadczeń dystrybutora, żaden ze sprzedawanych przez niego produktów nie posiada atestu PZH”

Zamawiający w skierowanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazał, że informacja o zarzucanej ofercie PARTNER XXI Sp. z o.o. niezgodności z treścią SIWZ wpłynęła do niego już po dokonaniu jej wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Nie kwestionując powyższego faktu Prezes UZP zwrócił uwagę, iż późne powzięcie przez zamawiającego wiedzy o zarzucanej wybranej ofercie niezgodności z SIWZ nie uniemożliwiało zbadania ww. kwestii przez zamawiającego, ponieważ na dzień 29 grudnia 2016 r. umowy z poszczególnymi zamawiającymi dotyczące przedmiotowego zamówienia nie zostały jeszcze zawarte. Zaden przepis ustawy Pzp nie stoi bowiem na przeszkodzie samodzielnemu zweryfikowaniu przez zamawiającego prawidłowości czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i ewentualnemu jej unieważnieniu, a następnie powtórzeniu oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Co więcej, biorąc pod uwagę zasadę legalizmu wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy) tego rodzaju postępowanie, w przypadku powzięcia wątpliwości, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest zgodna z SIWZ, należy rozpatrywać wręcz w kategoriach obowiązku nie zaś uprawnienia zamawiającego. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie może być fakt zawarcia przez zamawiającego umowy. Powyższe znajduje potwierdzenie również w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro zatem zamawiający uznał za niezbędne postawienie w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oferowanych wyrobów określonych, szczegółowych wymagań, w konsekwencji był on również zobowiązany do zweryfikowania, czy wszystkie złożone oferty tym wymaganiom odpowiadają, w sytuacji powzięcia informacji, które przeczyły spełnianiu przez oferowane dostawy postawionych w SIWZ wymagań.

Prezes UZP stwierdził, że zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o., a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie nie posiadania przez produkty zaoferowane w poz. 280, 281 i 282 formularza cenowego oferty wymaganych przez Zamawiającego atestów Państwowego Zakładu Higieny, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie w ocenie Prezesa UZP miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaniechanie zamawiającego prowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranego

niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc z naruszeniem zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2019r. zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 01 kwietnia 2019 r.

Zamawiający wniósł o pozytywne rozpatrzenie niniejszych zastrzeżeń przez ich uwzględnienie, a w konsekwencji odstąpienie od stwierdzenia naruszeń przepisów Pzp.

Zamawiający podał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), załączniku nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia zawarł 282 pozycje dotyczące zamawianego asortymentu stanowiącego przedmiot zamówienia. Zamawiający dla części zamawianych produktów zastrzegł, że powinny posiadać atest PZH (w tym dla pozycji 280, 281 oraz 282). Wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty formularze cenowe zawierające listę ww. produktów ze wskazaniem ich nazw, deklaracją posiadanych atestów oraz cen.

W dniu 06 października 2016 r. Wykonawca Partner XXI Sp. z o.o. wystosował do Zamawiającego pismo, w którym zarzucił produktom oferowanym przez jego konkurenta - Biurpap szereg niezgodności z postanowieniami SIWZ. W piśmie wskazano, że produkty wskazane w formularzu cenowym Biurpap w poz. 280, 281 oraz 282 nie posiadają wymaganego atestu PZH. Jako dowód powyższych twierdzeń Wykonawca przedłożył korespondencje mailową z przedstawicielem firmy Sarantis, która miała być dystrybutorem wskazanych poniżej pozycji m.in.: poz. 280, 281, 282, tj. kubków plastikowych jednorazowych do napojów zimnych, kubków jednorazowych do napojów gorących oraz łyżeczek plastikowych. Z przekazanej korespondencji wynika, iż producent opakowań plastikowych Sarantis nie posiada w swojej ofercie produktów posiadających atest PZH.

Zamawiający zwrócił się do Biurpap z prośbą o ustosunkowanie się do czynionych zastrzeżeń. Wykonawca w piśmie z dnia 19 października 2016 r. wyjaśnił, m.in. iż firma Sarantis jako producent i dystrybutor produktów gastronomicznych jest w stanie zrealizować na specjalne zamówienie produkty posiadające atest PZH i takie też miałyby zostać dostarczone na rzecz zamawiającego zgodnie z przedstawioną ofertą.

Zamawiający w dniu 4 listopada 2016 r. dokonał wyboru oferty Biurpap jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 14 listopada 2016 r. Wykonawca Partner XXI Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca ten wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- a) Unieważnienia czynności badania złożonych ofert,
- b) Unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,
- c) Dokonania ponownego badania oferty złożonej przez Biurpap,
- d) Dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap.
- e) Dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po stronie Zamawiającego przystąpił do postępowania odwoławczego Wykonawca Biurpap. W dniu 30 listopada 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO 2157/16), w którym uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty firmy Biurpap z treścią SIWZ w części dotyczącej m.in. produktów zaoferowanych w pozycjach, m.in. 280, 281 i 282 - tj. produkty gastronomiczne takie jak kubki jednorazowe plastikowe do napojów zimnych, kubki jednorazowe do napojów gorących, łyżeczki jednorazowe. Nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, powtórzenia czynności badania oferty wykonawcy Biurpap oraz odrzucenie danej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba wskazała, iż Zamawiający w SIWZ wymagał, aby produkty te posiadały atest PZH. Biurpap w ofercie przedstawił produkty firmy Sarantis o oznaczeniach SAR000022, SAR000021, SAR000024 (tj. poz. 280, 281 oraz 282) - co zgodnie z informacją uzyskaną od producenta - firmy Sarantis, zaoferowane produkty nie posiadają atestu PZH co stanowi niezgodność treści oferty wykonawcy Biurpap z treścią SIWZ.

Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i w dniu 19 grudnia 2016 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. Wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o.

Biurpap w dniu 29 grudnia 2016 r. przesłał do Zamawiającego pismo, w którym poddał pod wątpliwość czy produktów, które zaoferowała firma Partner XXI Sp. z o.o. w pozycjach 280, 281 oraz 282 posiadają atesty PZH. Jako podstawę swoich twierdzeń wskazał na informacje znajdujące się na stronach internetowych dystrybutora, tj. firmy NET OPAKOWANIA wskazanego przez wykonawcę Partner XXI. Zdaniem wykonawcy na dzień składania ofert na stronie internetowej dystrybutora nie znajdowały się informacje odnośnie atestu PZH. Wykonawca na tą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów.

Zamawiający zweryfikował powyższe informacje m.in. przez stronę internetową dystrybutora oferowanych produktów.

Umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia zostały zawarte przez poszczególnych zamawiających należących do Grupy Zakupowej PKP S.A., której liderem jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w okresie 10 stycznia 2017 r. do 21 marca 2017 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie kontrolne w zakresie przedmiotowego Postępowania. W ramach ww. kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, ponieważ artykuły zaoferowane w poz. 280, 281 oraz 282 nie posiadają atestu PZH wymaganego przez zamawiającego.

Z treści informacji o wyniku kontroli zamawiający wywiódł, że w ocenie Prezesa UZP działanie zamawiającego należało rozpatrywać w kategoriach naruszenia przepisów Pzp, w tym art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się w sposób całkowity ze sformułowaną przez Prezesa UZP argumentacją oraz przedstawionymi wnioskami. Zamawiający zauważył, że o prawidłowości jego działań świadczy fakt, że:

1. Skorzystanie z procedury wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego,
2. Uprawnienie, o którym mowa powyżej materializuje się w sytuacji, w której zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym,
3. Nadmierowe wzywianie wykonawcy do wyjaśnień, jak również kierowanie żądania o przedłożenie dodatkowych dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty posiadają atest PZH, w sytuacji w której zamawiający w SIWZ nie wymagał takiego dokumentu w SIWZ, stanowiłoby naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp,
4. Biurpap nie kwestionował na etapie prowadzonego postępowania przetargowego, jak również na etapie postępowania odwoławczego, zgodności oferty konkurenta z treścią SIWZ.

Z literalnego brzmienia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp wynika w ocenie zamawiającego jednoznaczny wniosek, że procedura wyjaśniająca teść oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Świadczy o tym użycie w ustawie zwrotu zamawiający „może” żądać wyjaśnień. Analogiczne stanowisko można znaleźć w głosach wyrażanych przez przedstawicieli doktryny, m.in. Józefa Edmunda Nowickiego, który w komentarzu do art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazuje, że:

„przepis art. 87 ust. 1 powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego. a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty"...))

Artykuł 87 ust. 1 należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert.”

Podobnie również w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:

- „Ponadto Izba musi przychylić się do stanowiska zamawiającego, że zamawiający mógł nie mieć wątpliwości i nie miał tych wątpliwości jak odczytywać ofertę odwołującego i dlatego zamawiający nie miał podstaw do zastawiania procedury art. 87 ust. 1 Pzp (wyjaśnienia treści oferty). (...) Zamawiający nie ma bezwzględnego obowiązku każdorazowego stosowania procedury art. 87 ust. 1 KIO 2581/18)

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień (KIO 2006/17)

„Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.” (Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/2010).

Wobec powyższego - wbrew stanowisku Prezesa UZP - zamawiający nie miał obowiązku kierowania do ww. wezwania do złożenia wyjaśnień.

Uprawnienie ziszcza się dopiero w momencie, kiedy zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości czy oferta spełnia wymagania określone w SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym ww. przesłanka nie uległa materializacji, gdyż:

Wykonawca oświadczył w ofercie, że asortyment posiada atest PZH — co odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ;

Argumentacja sformułowana w piśmie Biurpap nie pozwalała na nawet pośrednie wywiedzenie, że oferta Partner XXI Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ - wręcz przeciwnie z pisma wynika, że informacje zawarte na stronie producenta potwierdzają, że asortyment posiada atest PZH; Biurpap powołuje się na fakt, że wcześniej producent na swojej stronie internetowej nie potwierdzał ww. okoliczności - tym niemniej jednak nie dołączył dowodów, które pozwoliłyby na uwiarygodnienie sformułowanych twierdzeń, dlatego też zamawiający odmówił mocy dowodowej oraz wiarygodności przedstawionym zarzutom.

Wbrew stanowisku Prezesa UZP zamawiający dokonał samodzielnie analizy ww. okoliczności, a uzyskane wnioski pochodzące ze strony internetowej dystrybutora ofertowanego asortymentu pozwoliły na ustalenie, że produkty Partner XXI Sp. z o.o. spełniają wymagania określone w SIWZ.

Zdaniem zamawiającego kierowanie do ww. wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp byłoby działaniem nadmiarowym. Przepisy aktualnie obowiązującego prawa nakazują działać zamawiającemu w sposób racjonalny oraz efektywny, a przepis art. 25 Pzp żądać od wykonawców tylko takich dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Wyjaśnienia ww. wykonawcy czy też dowody co do atestu PZH nie posiadały waloru niezbędności w postępowaniu z przyczyn opisanych powyżej.

W świetle powyższego zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Prezesa UZP, że dopuścił się zaniechania wezwania Partner XXI Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień stanowiło naruszenie regulacji PZP.

Zamawiający podkreślił, że pismo Biurpap nie nakładało na zamawiającego ustawowego obowiązku podejmowania jakichkolwiek działań w celu zweryfikowania informacji w nim zawartych. Pomijając sam fakt przyznania przez Biurpap, że producent kwestionowanego

asortymentu sam wskazuje na stronie internetowej, że posiada on atest PZH, to zauważyć należy, że kierowanie tego rodzaju zastrzeżeń na etapie postępowania po kolejnym wyborze oferty najkorzystniejszej było działaniem spóźnionym - dla oceny niniejszego stanu faktycznego kluczowe znaczenie ma fakt, że Biurpap przystąpił po stronie zamawiającego do odwołania wniesionego przez Wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. Działaniem profesjonalnym oraz zmierzającym do ochrony interesu firmy byłoby podniesienie już podczas rozprawy przed KIO zarzutu, że asortyment Partner XXI Sp. z o.o. również nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Ww. wykonawca zaniechując ww. działań - w ocenie zamawiającego - skutecznie pozbawił się możliwości kwestionowania oferty konkurenta na późniejszym etapie postępowania. Zamawiający wskazał, że w przypadku środków ochrony prawnej wynikających z Pzp obowiązuje zasada koncentracji środków ochrony prawnej, która nakłada na uczestników postępowania przetargowego podnoszenia zarzutów względem działań zamawiającego przy pierwszej możliwej czynności (w tej sytuacji pierwotna ocena oferty Partner XXI jako zgoda z SIWZ).

Odnosząc się do zastrzeżeń nierównego traktowania wykonawców, tj. wezwaniu Biurpap do wyjaśnień przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Partner XXI Sp. z o.o. zamawiający wskazał, że sytuacja obu wykonawców w postępowaniu nie była jednakowa.

W przypadku Biurpap Zamawiający dysponował dowodami, które w sposób skuteczny podważały fakt zaoferowania przez tego wykonawcę asortymentu zgodnego z SIWZ (materializacja przesłanki art. 87 ust. 1 Pzp), natomiast w przypadku Partner XXI Sp. z o.o. zamawiający nie otrzymał żadnych dokumentów, które kwestionowałyby w sposób skuteczny jego ofertę - wręcz przeciwnie złożone dowody i analiza własna potwierdziły, że złożona przez niego oferta jest zgodna z SIWZ. W świetle powyższego zamawiający uważa, że nie sposób doszukać się w jego działaniu znamion naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie zamawiającego podejmowane przez niego czynności były zgodne z Pzp. Zamawiający w sposób rzetelny oraz skrupulatny badał wszystkie okoliczności sprawy w kontekście jego obowiązków oraz uprawnień wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

W dniu 19 kwietnia 2019r. Prezes UZP odmówił uwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego. Wskazał, że nie kwestionuje generalnego poglądu zamawiającego, wyrażonego we wniesionych zastrzeżeniach, jak również w orzecznictwie w sprawach zamówień publicznych, iż z literalnego brzmienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika - co do zasady — uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niemniej jednak Prezes UZP zwrócił uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, mogącym mieć zastosowanie do różnych sytuacji, których odrębne a

zarazem wyczerpujące uregulowanie nie jest możliwe z uwagi na mnogość potencjalnych stanów faktycznych. W związku z powyższym, przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza jedynie ogólne ramy i uwarunkowania dotyczące stosowania instytucji wyjaśnień treści oferty, która może służyć wyjaśnieniu różnego rodzaju kwestii, posiadających większe lub mniejsze znaczenie z punktu widzenia oceny ofert. Niewątpliwie zatem istnieją sytuacje, w których wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty będzie miało charakter fakultatywny i ewentualne zaniechanie jego skierowania nie będzie miało większego znaczenia z punktu widzenia oceny ofert. Niemniej jednak każdorazowo zamawiający w prowadzonym postępowaniu powinien rozważyć, czy w okolicznościach faktycznych określonej sprawy — z uwagi na charakter i wagę kwestii, która miałaby podlegać wyjaśnieniu oraz ewentualne następstwa nie dokonania tej czynności — skorzystanie z dyspozycji tego przepisu powinno być fakultatywne, czy obligatoryjne.

Prezes UZP podkreślił, że należy mieć na uwadze, że nadrzędnymi zasadami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez pryzmat których powinny być interpretowane wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (niezależnie od zasad wynikających z poszczególnych przepisów dotyczących tych czynności) są bowiem zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada legalizmu (zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy), wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Przestrzeganie powyższych zasad ma na celu wyłonienie w wyniku przeprowadzenia postępowania, w którym wszystkich jego uczestników obowiązują w jednakowym stopniu ustanowione przez zamawiającego reguły - wykonawcy, którego oferta jest w świetle tych reguł najkorzystniejsza.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w jednej z wydanych uchwał Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje koniecznością dokonania rzetelnej oceny ofert i nie może uzasadniać zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Z kolei w wyroku z dnia 27 maja 2013 r. Izba wskazała: Jakkolwiek w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy PZP mowa jest o uprawnieniu zamawiającego, to w orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty (. ..). Pogląd ten jest wyrażony również w doktrynie prawa zamówień publicznych: Wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie zamawiającego zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Zadaniem Prezesa UZP należy jednak mieć na względzie, że zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenia podstawowych zasad

zamówień publicznych. W świetle powyższego, biorąc pod uwagę że przed zakończeniem postępowania o udzieleniu zamówienia zamawiający znalazł się w posiadaniu informacji, że oferta wybrana przez niego jako najkorzystniejsza może nie spełniać wszystkich wymagań określonych w SIWZ, okoliczność, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie żądał dokumentów na potwierdzenie posiadania przez wyroby w poz. 280, 281 i 282 atestu PZH, ma drugorzędne znaczenie. Nadrzędne znaczenie — wobec potencjalnego obowiązku odrzucenia oferty - powinno mieć bowiem w takiej sytuacji ustalenie jej rzeczywistego statusu. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wydanych orzeczeń, zamawiający nie jest ograniczony w trakcie badania składanej oferty tylko do jej badania pod względem formalnym, to jest treści złożonej oferty. Jeżeli zamawiający dokona wizji lokalnej, która nie potwierdza treści złożonej oferty to jest uprawniony do odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ.

Prezes UZP podkreślił, że jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie samodzielnemu zweryfikowaniu przez zamawiającego prawidłowości czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i ewentualnemu jej unieważnieniu, a następnie powtórzeniu oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, Co więcej, biorąc pod uwagę zasadę legalizmu wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp tego rodzaju postępowanie, w przypadku powzięcia wątpliwości, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest zgodna z SIWZ, należy rozpatrywać wręcz w kategoriach obowiązku, nie zaś uprawnienia zamawiającego. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie może być fakt zawarcia przez zamawiającego umowy. Powyższe znajduje potwierdzenie również w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W tym kontekście w ocenie Prezesa Urzędu chybiona jest argumentacja zamawiającego, że otrzymana przez niego w dniu 29 grudnia 2016 r. informacja o zarzucanej wybranej jako najkorzystniejsza ofercie niezgodności z treścią SIWZ była „spóźniona” w świetle zasady koncentracji środków ochrony prawnej z uwagi na podjęcie i uzewnętrznienie przez zamawiającego decyzji o jej nieodrzućeniu już w listopadzie 2016 r. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej polega bowiem na konieczności składania w wyznaczonym terminie odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a jej celem jest zapobieganie przedłużaniu tego postępowania poprzez nieograniczone w czasie składanie odwołań, a także zmniejszenie ryzyka wydawania w różnych terminach rozbieżnych rozstrzygnięć przez organy odwoławcze i sądowe, W odniesieniu do środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 181 ust. 1 ustawy PZP ww. zasada ma mniejsze znaczenie, ponieważ, jakkolwiek ustawa Pzp przewiduje ramy czasowe również co do ich składania, to jednocześnie nie formalizuje trybu postępowania z nimi stanowiąc jedynie w art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, że w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji

zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Prezes UZP zwrócił uwagę, że niezależnie od powyższych reguł, żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania wykonawcom kierowania do zamawiającego korespondencji bez powoływania się na określoną podstawę prawną wynikającą z ustawy Pzp (taki też charakter miało pismo wykonawcy Biurpap z dnia 29 grudnia 2016 r.), a zasada koncentracji środków ochrony prawnej (nawet gdyby faktycznie miała zastosowanie w niniejszym przypadku) nie zwalnia zamawiającego z obowiązku prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami nadrzędnymi, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, wyrażonym we wniesionych zastrzeżeniach, że nie miał on obowiązku weryfikowania prawdziwości zarzutów sformułowanych w piśmie wykonawcy Biurpap z dnia 29 grudnia 2016 r. w związku z tym, że nie zawierało ono żadnych dowodów na ich poparcie. Jak wynika z treści kopii dokumentacji postępowania o udzielenie kontrolowanego zamówienia, przekazanej do Urzędu, do ww. pisma została dołączona korespondencja z dystrybutorami produktów zaoferowanych w poz. 280, 281 i 282 formularza oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o., której treść co najmniej uprawdopodobniała zasadność postawionych tej ofercie zarzutów. Z informacji przesłanych przez drugiego dystrybutorów — ART PLAST POLSKA wynikało bowiem, że kubki jednorazowe do napojów gorących posiadają jedynie deklarację zgodności, nie posiadają jednakże atestu PZH, który nie jest wymagany przepisami prawa. W związku z powyższym nie można podzielić poglądu, że twierdzenia wykonawcy Biurpap zawarte w piśmie z dnia 29 grudnia 2016 r. były gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli z dnia 1 kwietnia 2019 r., że zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o., a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie nie posiadania przez produkty zaoferowane w poz. 280, 281 i 282 formularza cenowego oferty wymaganych przez zamawiającego atestów Państwowego Zakładu Higieny, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaniechanie zamawiającego prowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc z naruszeniem zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego zważyła, co następuje:

Izba dla podjęcia przedmiotowej uchwały poczyniła następujące spostrzeżenia:

1. Okolicznością bezsporną w kontroli jest fakt, że dla poz. 280 kubki plastikowe jednorazowe do napojów zimnych, poz. 281 kubki plastikowe jednorazowe – do napojów gorących i poz. 282 – łyżeczki jednorazowe zamawiający w formularzu cenowym wymagał, aby asortyment posiadał atest PHZ. Bezsporne jest także, że zamawiający nie wymagał załączenia do oferty dowodów w postaci np. oświadczenia producenta, dystrybutora, że taki atest na oferowany asortyment został wydany, lub załączenia atestu do oferty jako dokumentu przedmiotowego. Weryfikacja zatem spełnienia wymagania przedmiotowego miała opierać się wyłącznie o oświadczenie wykonawcy.
2. Bezsporne jest także, że wykonawca Partner XXL w poz. 280 kubki plastikowe jednorazowe – do napojów zimnych zaoferował kubki02_biały producenta/dystrybutora lub importera – NET-Opakowania i w kolumnie 6 potwierdził, że oferowany asortyment posiada atest PHZ, w poz. 281 kubki plastikowe jednorazowe – do napojów zimnych zaoferował kubek plastikowy przezroczysty 0,2l do napojów gorących producenta/dystrybutora lub importera – ART.-PLAST Polska i w kolumnie 6 potwierdził, że oferowany asortyment posiada atest PHZ, w poz. 282 – łyżeczka jednorazowa zaoferował asortyment łyżeczki_100 producenta/dystrybutora lub importera – NET-Opakowania i w kolumnie 6 potwierdził, że oferowany asortyment posiada atest PHZ.
3. Wykonawca Partner XXL nie był wzywany przez zamawiającego do wyjaśnień w zakresie kwestionowanych w kontroli pozycji.
4. Odmiennie kształtowała się w tym postępowaniu sytuacja wykonawcy Biurpap, który dla tych pozycji zaoferował kubek jednorazowy SAR000022 produkcji Sarantis, kubek jednorazowy SAR000021 produkcji Sarantis i łyżeczki jednorazowe SAR000024 produkcji Sarantis, również w poz. 6 potwierdzając posiadanie atestu PHZ na te produkty. W dniu 6 października 2016r. Partner XXL poinformował zamawiającego o niezgodnościach oferty Biurpap w zakresie m. in. kontrolowanych pozycji podnosząc, że firma Sarantis nie posiada atestu PHZ, co potwierdził załączając korespondencję elektroniczną z firmą Sarantis z dnia 4 października 2016r., w której na pytanie, czy produkty tej firmy w tym kubki i łyżeczki posiadają atest PHZ, producent odpowiedział, że produkty gastronomiczne (kubki, łyżeczki itp.) nie posiadają atestu PHZ. Według polskiego prawa nie jest wymagany taki atest. Na tej podstawie

zamawiający wezwał Biurpap do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w dniu 14 października 2016r. i w dniu 19 października 2016r. Biurpap oświadczył, że w poz. 280, 281, 282 zaproponowane kubki i łyżeczki posiadają atest PHZ, gdyż firma Sarantis, zgodnie z informacją udzieloną Biurpap nie posiada w swojej standardowej ofercie kubków i łyżeczek z atestem, jednakże producent i dystrybutor produktów gastronomicznych jest w stanie zrealizować na specjalne zamówienie produkty posiadające takie atesty. Taki stan faktyczny legł u podstaw wyroku Izby z dnia 30 listopada 2016r. sygn. akt KIO 2157/16, która nakazała zamawiającemu ponowną czynność badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Biurpar m. in. z tego powodu, że nie wykazał, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia posiada wymagane przez zamawiającego atesty PHZ.

5. Na datę wyboru oferty najkorzystniejszej tj. na dzień 19 grudnia 2016r. oferta Partner XXL nie była weryfikowana pod kątem prawdziwości oświadczenia w poz. 280, 281 i 282 o posiadaniu atestu PHZ.
6. W dniu 29 grudnia 2016r. tj. po 10 dniach od wyboru oferty najkorzystniejszej Biurpap powiadomił zamawiającego o czynności zamawiającego, która mogła być wykonana niezgodnie z przepisami ustawy. Biurpap wskazał, że na datę dokonywania oceny oferty najkorzystniejszej na stronach internetowych Partner XXL, NET – Opakowania, ART.-PLAST nie było informacji, że oferowane przez te firmy produkty posiadają atesty PHZ. Na tę okoliczność Biurpap nie złożył żadnego dowodu, choćby w postaci print-screenów stron internetowych z ekranu z dat poprzedzających dzień 19 grudnia 2016r. Biurpap oświadczył natomiast, że na stronie Net-Opakowania taka informacja, że oferowane przez ten podmiot produkty posiadają atest PHZ pojawiła się po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponownie było to jedynie twierdzenie Biurpap. Biurpap natomiast oświadczył, że Art-Plast nie posiada atestu PHZ, bo z korespondencji elektronicznej pomiędzy Biurpap, a Art-Plast wynika, że firma ta posiada jedynie „Deklarację zgodności”. Na dowód czego przedłożył korespondencję z dnia 29 grudnia 2019r., w której Art-Plast na pytanie, czy posiada w sprzedaży ofercie kubki jednorazowe do napojów gorących o pojemności 200ml posiadające atest PHZ, odpowiedział, że ma w ofercie kubki wyżej wymienione, które posiadają „deklarację zgodności”. Co do produktów NET-Opakowania, to do pisma Biurpap załączył korespondencję elektroniczną prowadzoną przez Biurpap, a Net-Opakowania pomiędzy 22-29 grudnia 2019r., z której wynika, że Net-Opakowania w dacie 29 grudnia 2019r. oświadczył, że przekaże atesty jak otrzyma je od dostawcy. Do korespondencji załączono także oświadczenie P.P.H.U. Adamis s.c. M. B. i S. B. w sprawie deklaracji wyrobów, sprawozdanie Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-

Epidemiologicznej w Łodzi z badań nr WSSE-DL-HŻ-5010-S-290/10, deklaracji Kreis Pack sp. z o.o. z Niepruszewa – certyfikatu zgodności, co do zastosowania produktów do konsumpcji.

7. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia brak jest dowodu, że zamawiający prowadził jakiegokolwiek ustalenia na podstawie strony internetowej NET-Opakowania.

8. W toku kontroli kontrolujący przeprowadził następujące postępowanie dowodowe:

- w dniu 6 listopada 2017r. zwrócił się do firmy Art-Plast sp. z o.o. o odpowiedź, czy na dzień 21 września 2016r. oferowali do sprzedaży kubek do napojów gorących, który posiadał at4est PHZ. Kontrolujący oczekiwał podania kodu tego produktu.

- w dniu 6 listopada zwrócił się do firmy Net-Opakowania z pytaniem czy produkty kubek plastikowy biały 0,2 l do napojów zimnych (kod producenta kubek02_biały) i łyżeczki plastikowe (kod producenta łyżeczki_100) posiadają atest PHZ i czy posiadały go na dzień 21 września 2016r.

- w dniu 7 listopada 2017r. firma Art-Plast odpowiedziała, że kubki jednorazowe są przez nią oferowane od wielu lat, a atest PHZ nie jest wymagany i dla zagwarantowania bezpieczeństwa i jakości produktów stosuje się deklaracje producenta i czasami wyniki laboratoryjne tych produktów. Do korespondencji załączono kilka deklaracji zgodności firmy Divi dla plastikowego kubka 220ml przezroczystego, deklarację zgodności firmy Art-Plast dla kubków przezroczystych PP 220ml 2,30g i 2,50g, sprawozdanie z badań i załącznik do sprawozdania z badań nr 923/09/2015/F/2/P/1.

- w dniu 28 listopada 2017r. zwrócił się do Dyrektora Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny czy produkty, których dostawcą miała być firma Ł. M. NET-Opakowania na produkty kubek plastikowy biały 0,2l do napojów zimnych (kod producenta kubek02_biały) i łyżeczek plastikowych (kod producenta łyżeczka_100) posiadają atest PHZ na dzień 21 września 2016r.

- w dniu 8 grudnia 2018r. Dyrektor NIZP-PHZ wyjaśnił, że przedmiotowy podmiot nie posiada świadectwa jakości zdrowotnej NIZP-PHZ, które są wydawane na zasadzie dobrowolności

- w dniu 21 lutego 2018r. zwrócił się ponownie do NIZP-PHZ o udzielenie informacji opisanych w piśmie z dnia 28 listopada 2017r. ale w odniesieniu do firmy PPHU Adamis s.c. M.B. S. B., który mieli być producentem wyrobów.

- w dniu 28 lutego 2018r. NIZP-PHZ odpowiedział, że podmioty wskazane w piśmie z dnia 21 lutego 2018r. nie posiadały na dzień 21 września 2016r. i nie posiadają świadectwa jakości zdrowotnej.

Firma Net-Opakowania nie udzieliła odpowiedzi na wezwanie kontrolującego.

Na kanwie tak ustalonego stanu należało stwierdzić, co następuje:

Izba wzięła pod uwagę to, że przedmiotem kontroli powinny być czynności podjęte przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lub zaniechania czynności, do których zamawiający był obowiązany z mocy prawa. Zasada wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu tak prowadzić postępowanie, aby wybór oferty najkorzystniejszej (a w konsekwencji umowa o zamówienie publiczne) dokonywany był spośród wykonawców, których zamawiający zweryfikował w sposób przyjęty przez siebie w siwz i zgodny z przepisami ustawy. Wybór ten musi być także dokonywany spośród ofert, które dają gwarancję wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ustawa została tak ukształtowana, aby z jednej strony zapewnić zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z powyższą zasadą, a z drugiej strony ogranicza swobodę zamawiającego w zakresie dowolnego doboru środków, z jakich skorzysta zamawiający w celu ustalenia rzetelności wykonawcy i jakości oferowanego przedmiotu zamówienia. Ograniczenie zamawiającego w badaniu wykonawcy ma na celu przede wszystkim realizację innej zasady opisanej przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasady równego traktowania, a także zasady proporcjonalności. Pierwsza ze wskazanych zasad nakazuje zamawiającemu zastosowanie takich samych metod weryfikacji oferty w odniesieniu do każdego z biorących udział w postępowaniu wykonawców, druga z zasad stoi na straży zapewnienia konkurencyjności postępowania, tak aby zamawiający nadmiernymi, nieadekwatnymi do przedmiotu zamówienia wymaganiami nie ograniczył konkurencji w danym postępowaniu. Izba w przedmiotowej uchwale zwraca uwagę na wskazane wyżej ograniczenie swobody zamawiającego, przede wszystkim po to, aby w dalszej części uzasadnienia określić granice w ramach których zamawiający może poruszać się w danym postępowaniu.

To w jaki sposób zamawiający może weryfikować ofertę wynika, tak z art. 21 ust. 4 ustawy zgodnie z którym zamawiający może powołać biegłych, art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy, w myśl którego może żądać jedynie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, art. 26 ust. 3 ustawy określającego w jakich okolicznościach może nastąpić złożenie brakującego dokumentu lub oświadczenia, czy też jego uzupełnienie, art. 26 ust. 4 ustawy wskazującego na warunki uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia, i wreszcie art.

87 ust. 1 ustawy, określającego okoliczności, w jakich zamawiający może wyjaśniać treść oferty.

Z całokształtu tych przepisów, a także z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców oraz w form, w jakich te dokumenty mogą być złożone, wynika, że weryfikacja podmiotowa wykonawcy, jak i weryfikacja przedmiotowa oferty, nie mogą być oparte o dowolne dowody. Wprawdzie zamawiający sektorowi korzystają z większej swobody w doborze dowodów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego (art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy), to jednak naczelną zasadą upoważniającą zamawiającego do żądania złożenia określonych dokumentów jest ich wskazanie w dokumentach wszczynających postępowanie, ogłoszeniu, zaproszeniu czy siwz. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że zamawiający nie wymagał załączania atestów PHZ do oferty i za wystarczające do weryfikacji spełnienia tego wymagania uznawał oświadczenie złożone przez wykonawcę w formularzu cenowym. Izba w żaden sposób nie podważa stanowiska zamawiającego, że zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawców do przedstawienia takich atestów czy wzywania do ich uzupełnienia. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu zagadnieniem podlegającym rozstrzygnięciu, nie jest możliwość skorzystania przez zamawiającego z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy, tylko zbadanie prawdziwości oświadczeń woli o posiadaniu atestów PHZ składanych przez wykonawców w formularzu cenowym. Złożenie oświadczenia nieprawdziwego jest bowiem równoznaczne ze złożeniem oświadczenia mogącego wprowadzić w błąd zamawiającego. Wprowadzenie w błąd w sytuacji nieprawdziwej informacji może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. W niniejszej sprawie bowiem brak atestu PHZ dla kubków do napojów zimnych, do napojów gorących jak i łyżeczek plastikowych powodowałby, że oferta wykonawcy dotknięta tym brakiem, byłaby niezgodna w swojej treści z treścią siwz. W konsekwencji podlegałaby odrzuceniu i nie mogłaby być poddana ocenie wraz z innymi ofertami niepodlegającymi odrzuceniu. Stwierdzenie istnienia informacji nieprawdziwej wprowadzającej zamawiającego w błąd, co do dopuszczalności poddania oferty ocenie powodowałoby konieczność zbadania zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a więc obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 12 ustawy wykluczenie wykonawcy może nastąpić na każdym etapie postępowania, takim etapem jest również okres stand still (czyli okres pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej, a momentem podpisania umowy).

Izba mając na uwadze powyższe rozważania przedłoży je na ustalony w niniejszym postępowaniu stan faktyczny. Izba zauważyła, że w przypadku wykonawcy Biurpap mamy

częściowo do czynienia z analogicznym stanem faktycznym, jak w przypadku wykonawcy Partner XXL, choć mającym miejsce na innym etapie postępowania.

W przypadku wykonawcy Biurpap zostało złożone oświadczenie o posiadaniu atestu PHZ w odniesieniu do poz. 280, 281, 282, którego wiarygodność podważył wykonawca Partner XXL przedstawiając dowód z korespondencji elektronicznej z firmą Sarantis, z którego wynikało, że oferowane produkty posiadają jedynie deklaracje zgodności.

Analogiczna sytuacja zachodziła w przypadku wykonawcy Partner XXL, który również oświadczył, że posiada atest PHZ do spornych pozycji i wiarygodność tego oświadczenia kwestionował wykonawca Biurpap, przedstawiając w odniesieniu do poz. 281 tj. kubków do napojów gorących firmy Art-Plast, dowód z korespondencji elektronicznej, z którego wynikało, że oferowane produkty mają jedynie deklarację zgodności.

Obie sytuacje w ocenie Izby wymagały od zamawiającego w myśl zasady równego traktowania analogicznych czynności. Zamawiający jednakże mimo praktycznie identycznego materiału dowodowego, w przypadku wykonawcy Biurpap zweryfikował prawdziwość oświadczenia i ustalił w toku wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, że wykonawca Biurpap nie dysponował towarem posiadającym atest PHZ na datę badania ofert i nie przedstawił dowodu na to, że będzie dysponował takim atestem najpóźniej w dacie dostawy towaru. Skutkiem tych ustaleń było odrzucenie oferty Biurpap potwierdzone wyrokiem Izby.

Natomiast w przypadku wykonawcy Partner XXL zamawiający dysponując dowodem z korespondencji elektronicznej z firmą Art-Plast nie potwierdzającym posiadania atestu PHZ dla kubków do napojów gorących nie podjął żadnych czynności, aby ustalić, czy złożone przez wykonawcę Partner XXL w tym zakresie oświadczenie było prawdziwe. Zamawiający bez ustalenia prawdziwości oświadczenia nie mógł mieć pewności, że podjął zgodną z ustawą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustalenie tej okoliczności miało wpływ na możliwość poprawy czynności wyboru, jeśli w toku wyjaśnień wykonawcy okazałoby się, że oświadczenie nie było prawdziwe. Tym samym zamawiający uzależnił dokonanie lub zaniechanie czynności wyłącznie etapem postępowania, a nie stanem faktycznym zaistniałym w postępowaniu.

Co do poz. 280 i 282 w ofercie Partner XXL, to Izba podziela stanowisko zamawiającego, że w dacie poinformowania zamawiającego przez wykonawcę Biurpap o możliwych niewiarygodnych oświadczeniach w ofercie wykonawcy Partner XXL, zamawiający nie miał wystarczających podstaw do uznania, że przedstawiono mu wystarczające dowody, aby wzbudzić wątpliwości zamawiającego. W zakresie poz. 280 i 282 wykonawca Biurpap podważał posiadanie atestów na datę składania ofert i przyznawał, że informacja o istnieniu

atestów znajduje się na stronie NET-Opakowania, zaś z korespondencji Biurpap z NET – Opakowania wynikało, że NET-Opakowania czeka na nadesłanie mu atestów przez dostawcę. W tych okolicznościach Izba doszła do wniosku, że zamawiający nie miał wystarczających podstaw, aby nabrać wątpliwości, co do wiarygodności oświadczeń Partner XXL w zakresie poz. 280 i 282. Trudno bowiem racjonalnie oczekiwać, że zamawiający każdorazowo będzie uchylał swoje decyzje na skutek gołosłownych twierdzeń innych wykonawców. Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy wymaga bowiem wystąpienia wątpliwości po stronie zamawiającego, a istnienie tych wątpliwości powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, choćby właśnie w postaci dowodu przedstawionego przez innego wykonawcę.

Mimo uznania przez Izbę, że oświadczenia wykonawcy Parnter XXL poz. 280 i 282 nie zostały na etapie postępowania o udzielenie zamówienia skutecznie podważone, to jednak zamawiający nie zastosował zasady równego traktowania wykonawców w zakresie poz. 281, co jest w zupełności wystarczające dla stwierdzenia, że stanowisko Prezesa UZP zajęte w toku kontroli było prawidłowe.

W konsekwencji należało stwierdzić, że zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....