

Sygn. akt KIO 2177/19

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę **Media Check Point Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Poznań**

przy udziale wykonawcy **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. K. „Redar” Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe z siedzibą w Radomiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Media Check Point Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Media Check Point Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Poznań, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wyprawka dla gzubka*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 października 2019 r. pod numerem 605685-N-2019.

W dniu 28 października 2019 r. wykonawca Media Check Point Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do wyjaśnienia powstałych po jego stronie wątpliwości co do składu surowcowego i sposobu konserwacji egzemplarzy próbnych złożonych wraz z ofertą przez Odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, i zawartemu w niej opisowi przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”, w szczególności w odniesieniu do koloru nadruku rogalika na czapeczce w zestawie koloru beżowego oraz zestawie koloru szarego;
3. art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odstąpienie od wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na wadliwe odrzucenie oferty, podczas gdy cena całkowita oferty Odwołującego była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania na kwotę 550 000,00 zł brutto.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność wykonania na egzemplarzach próbnych czapeczek nadruku w technice sitodruku zgodnie z wymaganiami SIWZ; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz ponowne przeprowadzenie procesu badania ofert w przedmiotowym postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1

w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do wyjaśnienia powstałych po jego stronie wątpliwości, co do składu surowcowego i sposobu konserwacji egzemplarzy próbnych złożonych wraz z ofertą przez Odwołującego. Zamawiający, bez wzywania do wyjaśnień, odrzucił ofertę z powodu braku stosownych metek, co w istocie odnosi się do składu surowcowego i opisu sposobu konserwacji egzemplarzy próbnych (wzorów) wyprawki, stanowiącej przedmiot zamówienia. Ponadto, Zamawiający zakwestionował kolorystykę nadruków na jednym z elementów odzieży (czapeczkach). Zamawiający z góry założył, że wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie pozwoli na usunięcie wyżej wskazanych wątpliwości co do składu surowcowego i sposobu konserwacji przedstawionych elementów odzieży i kolorystyki nadruku rogalika na czapeczce. To błędne przeświadczenie skłoniło Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego, co narusza art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeśli Zamawiający kwestionował skład surowcowy i opis sposobu konserwacji dostarczonych w ramach oferty egzemplarzy próbnych oraz prawidłowość kolorystyki wykonanego na czapeczce nadruku rogalika, powinien przez podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wezwać go do złożenia stosownych wyjaśnień treści oferty. Dążąc do poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający winien wyjaśnić treść oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego w postaci oferty. Jasną intencją Odwołującego było bowiem uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego i jego rzetelna realizacja na rzecz Zamawiającego.

Dalej, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie normy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, pomimo że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ i zawartemu w niej Opisu Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w odniesieniu do koloru nadruku rogalika na czapeczce w zestawie koloru beżowego oraz w zestawie koloru szarego. Jednym z elementów SIWZ jest opis przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien być przygotowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym postępowaniu OPZ został określony w załączniku nr 2 do wzoru umowy, który to stanowił integralną część SIWZ. W treści OPZ Zamawiający wyraźnie wskazał w rubryce „Uwagi” na konieczność dostarczenia wybranych elementów odzieży (pozycja nr 1, 2 i 3) bez wewnętrznych i zewnętrznych metek, dopuszczając zarazem podanie składu surowcowego, nazw włókien oraz opisu sposobu konserwacji tylko i wyłącznie w formie papierowych lub kartonowych metek, doczepionych plastikową zapinką, możliwą do usunięcia bez naruszeń struktury materiału.

Powyższy opis budzi wątpliwości co do tego, czy na etapie przygotowania opisu

przedmiotu zamówienia Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Ewentualne sprzeczności i niedoprecyzowania treści SIWZ, w tym OPZ, nie powinny rodzić negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Ponadto, Zamawiający, konstruując opis przedmiotu zamówienia, zobowiązał wykonawców do przedstawienia części swoich produktów bez metek wewnętrznych i zewnętrznych, stąd przedstawione przez Odwołującego wzory należy uznać za zgodne z SIWZ. Załączenie papierowych lub kartonowych metek miało natomiast charakter fakultatywny w świetle dyrektyw wykładni językowej, gdyż Zamawiający posłużył się sformułowaniem „dopuszcza podanie”, a nie „zobowiązuje do podania”, co wprost wynika z treści SIWZ.

Odwołujący zapewniał również, iż nadruki znajdujące się na próbnym egzemplarzu czapeček wykonane zostały w technice sitodruku, w kolorystyce zgodnej z treścią SIWZ, a Pantone 2745U jest wzorem odnoszącym się do koloru fioletowego, stąd też poprawne określenie koloru nadruku rogalika na zestawie beżowym powinno nastąpić poprzez wskazanie w opisie 2 pozycji OPZ Pantone 4745U. Jest to kluczowe, zwłaszcza w kontekście orzecznictwa wskazującego, iż błędy w sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny co do zasady obciążać oferenta. Niemniej brak rzekomo wymaganych metek w żaden sposób nie wpłynął na parametry techniczne oferowanej odzieży. Nawet gdyby przyjąć, iż dostarczone przez Odwołującego wzory odbiegały swoją jakością od wymagań określonych w OPZ, Zamawiający był uprawniony jedynie do obniżenia oceny oferty Odwołującego, gdyż jedno z kryteriów oceny ofert dotyczyło oceny technicznej i jakościowej, a nie do odrzucenia oferty.

Następnie, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odstąpienie od wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na wadliwe odrzucenie oferty, podczas gdy cena całkowita oferty Odwołującego była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W tym stanie faktycznym aktualizacji uległ obowiązek Zamawiającego określony w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający dochował należytej staranności i działał z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uniknąłby błędnej kwalifikacji oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. W efekcie nie doszłoby również do popełnienia kolejnego błędu, jakim było odstąpienie od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną. Prawidłowe zachowanie Zamawiającego stworzyłoby zatem możliwość Odwołującemu na rzetelne wyjaśnienie składników cenotwórczych oferowanego przez niego dobra.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. K. „Redar” Przedsiębiorstwo

Produkccyjno-Handlowo-Usługowe z siedzibą w Radomiu, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc, że brak oznakowania dostarczonych próbek produktów był weryfikowalny bez konieczności występowania do Odwołującego o wyjaśnienia w tym zakresie. Zakładając nawet, iż Zamawiający wystąpiłby do Odwołującego o usunięcie wątpliwości co do użytego składu surowcowego oraz sposobu konserwacji przedmiotu zamówienia, nie przyniosłoby to skutku w postaci zgodności dostarczonych próbek z treścią SIWZ, a co równie istotne z przepisami ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów oraz Rozporządzeniem (UE) nr 1007/2011 w sprawie nazewnictwa włókien tekstylnych oraz etykietowania i oznakowywania składu surowcowego wyrobów włókienniczych. Egzemplarze produktu przedłożone przez Odwołującego nie kwalifikowały się do tego, aby stały się przedmiotem obrotu, nie spełniały podstawowych wymagań wynikających z przepisów prawa i jako takie były dla Zamawiającego bezużyteczne patrząc przez pryzmat wskazanych w SIWZ wymagań.

Dodatkowo Przystępujący podkreślał, iż zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, udzieloną na pytanie nr 8, w dniu 10 października 2019 r. Zamawiający odrzucił możliwość złożenia próbek produktu bez metek. Fakt, że Odwołujący nie weryfikował przebiegu postępowania, ewentualnie ignorował odpowiedzi Zamawiającego wyjaśniające wątpliwości co do treści SIWZ nie może skutkować uznaniem, że to Zamawiający miał dążyć do usunięcia nieusuwalnych niezgodności produktu z wytycznymi wynikającymi z SIWZ. W przedmiotowej sprawie brak etykiet, metek na przedłożonych produktach, a co za tym idzie ich niezgodność z SIWZ, był oczywisty i mógł skutkować wyłącznie odrzuceniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając jedynie, iż uwzględni zarzuty Odwołującego w całości.

Następnie pismem z dnia 8 listopada 2019 r. wykonawca R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. K. „Redar” Przedsiębiorstwo Produkccyjno-Handlowo-Usługowe z siedzibą w Radomiu złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na

pytania wykonawców, oferty Odwołującego oraz próbek złożonych zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, pismach procesowych Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 listopada 2019 r.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu poligrafii lub z Instytutu Włókiennictwa w Łodzi (wniosek Odwołującego). Zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Izba uznała, iż wnioskowany przez Odwołującego dowód w postaci opinii biegłego sprowadzałby się *de facto* do przedstawienia wykładni dotyczącej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powodując nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Mając to na uwadze Izba postanowiła wniosek dowodowy Odwołującego oddalić.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na a) *Przygotowaniu zestawu „Wyprawki dla gzubka”. Ilość zestawów: 5 500 sztuk w dwóch wariantach kolorystycznych: I wariant — 2 750 szt. zestawów (kolor beżowy), II wariant — 2 750 szt. zestawów (kolor szary). Na jeden zestaw dla obu wariantów kolorystycznych składają się: ubranko dziecięce w typie „rampers” z nadrukiem z długimi nogawkami i rękawami w kolorze dla odpowiedniego wariantu, kocyk w kolorze dla odpowiedniego wariantu, czapka biała z nadrukiem w kolorze dla odpowiedniego wariantu, skarpetki białe (1 para) z nadrukiem w kolorze dla odpowiedniego wariantu, 3 karty kontrastowe dwustronne, kartka A6, karton biodegradowalny. UWAGA: Wytyczne nadruków reklamowych i standardów wykonania przedmiotu zamówienia oraz certyfikatów jakości wymaganych przez Zamawiającego znajdują się w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 oraz 2a do wzoru umowy. b) Dostawa wniesienie i rozładowanie (łącznie 5 500 sztuk zestawów Wyprawki dla gzubka”) w dwóch wariantach kolorystycznych (2 750 sztuk - kolor beżowy, 2 750 sztuk kolor szary). Jakość i oznakowanie: Zgodnie z ustawą z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów, wprowadzane do obrotu produkty włókiennicze muszą być odpowiednio oznakowane. Oznakowanie ma zawierać: skład surowcowy dla produktów: ubranko dziecięce w typie „rampers” z nadrukiem z długimi nogawkami i rękawami, czapka biała z nadrukiem, skarpetki białe - nazwa włókna (100% bawełna), dla produktu kocyk - nazwa włókna (100% poliester),*

sposób konserwacji produktów włókienniczych. Zamawiający dopuszcza podanie składu surowcowego, nazw włókien oraz sposobu konserwacji tylko i wyłącznie w formie papierowych lub kartonowych metek doczepionych plastikową zapinką możliwą do usunięcia bez naruszenia struktury materiału.

Izba ustaliła, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający zamieścił siedem pozycji, każdorazowo określając kolor, materiał, rozmiar, nadruk, zapięcie, certyfikat, a także podając uwagi dla danego elementu odzieży. W przypadku pozycji nr 1 - Ubranko dziecięce typu „rampers” z długimi nogawkami i rękawami, nr 2 - Czapeczka oraz nr 3 - skarpetki Zamawiający w rubryce „Uwagi” wprost użył sformułowania: *bez wewnętrznych i zewnętrznych metek*. Z kolei określając kolor czapeczki, Zamawiający posłużył się określeniem „biały”, z nadrukiem rogalika wykonanym w technice sitodruku w kolorze szarym (Pantone 14 - 4503 TCX) w zestawie szarym oraz w kolorze beżowym (Pantone 2745U) w zestawie beżowym.

Pismem z dnia 10 października 2019 r. Zamawiający na pytanie o następującej treści *Ponadto proszę o dopuszczenie złożenia próbek bez konieczności doczepiania metek z informacją o użytych materiałach. Oczywiście próbki wykonane będą według zapisów w OPZ i SIWZ. Przy realizacji informacje te będą dołączone do produktów według zapisów w SIWZ.* odpowiedział, że *Zamawiający nie dopuszcza złożenia próbek „Wyprawki dla gzubka” bez doczepionych metek zawierających: skład surowcowy, nazwy włókien oraz sposób konserwacji.*

W postępowaniu złożono trzy oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 303 883,80 zł. Przystępujący zaproponował cenę 401 830 zł. Trzeci wykonawca XD GIFTS Sp. z o.o. zaoferował cenę 343 932,60 zł. Zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 550 000 zł brutto.

Dnia 22 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy Media Check Point Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że *złożona oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ, tj.: Egzemplarz próbki „Wyprawka dla gzubka”: - brak metek ze składem surowcowym oraz sposobem konserwacji na: skarpetkach, czapeczce, rampersie i kocyku w obu zestawach kolorystycznych „Wyprawki dla gzubka” – niezgodne z pkt III SIWZ (Jakość i oznakowanie); - zestaw szary: kolor nadruku rogalika na czapeczce niezgodny z Opiszem przedmiotu zamówienia pkt 2, - zestaw beżowy: kolor nadruku rogalika na czapeczce niezgodny z Opiszem przedmiotu zamówienia pkt 2 (...)* Ponadto, *Zamawiający stwierdza rażąco niską cenę oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, jednak odstępuje od wezwania do wyjaśnień, gdyż oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ.*

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku metek ze składem surowcowym oraz opisem sposobu konserwacji na skarpetkach, czapeczce, rampersie i kocyku w obu zestawach kolorystycznych. Zgodnie z 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 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie taka sprzeczność pomiędzy treścią złożonej oferty a specyfikacją istotnych warunków zamówienia niewątpliwie zaistniała.

Bezspornym między stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego był fakt zaniechania załączenia do próbek Odwołującego metek ze składem surowcowym oraz opisem sposobu konserwacji na skarpetkach, czapeczce, rampersie i kocyku w obu zestawach kolorystycznych. Spór dotyczył *de facto* interpretacji postanowień SIWZ, czy rzeczywiście ww. metki należało załączyć.

Izba ustaliła, że wymogi Zamawiającego w powyższym zakresie były niespójne. Z jednej strony w Rozdziale III pkt 1 SIWZ żądano, aby produkty były odpowiednio oznakowane. Oznakowanie miało zawierać: skład surowcowy oraz sposób konserwacji. Zamawiający dopuścił podanie składu surowcowego, nazw włókien oraz sposobu konserwacji tylko i wyłącznie w formie papierowych lub kartonowych metek doczepionych plastikową zapinką możliwą do usunięcia bez naruszenia struktury materiału. Z drugiej zaś strony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do SIWZ, Zamawiający określił kolor, materiał, rozmiar, nadruk, zapięcie, certyfikat dla danego elementu odzieży, a w rubryce pn. *uwagi* wymagał, aby produkty były *bez wewnętrznych i zewnętrznych metek*. Odwołujący przedstawił próbki bez metek.

Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego



wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia występują wewnętrzne sprzeczności, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Niemniej w ocenie Izby ww. niespójności zostały rozwiane wobec udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 8 w dniu 10 października 2019 r., gdzie wprost wskazano, że Zamawiający nie dopuszcza złożenia próbek bez doczepionych metek zawierających: skład surowcowy, nazwy włókien oraz sposób konserwacji.

Ww. wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SIWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Biorąc powyższe pod uwagę, nie podzielono stanowiska Odwołującego, który zdawał się nie dostrzegać faktu udzielenia takiej odpowiedzi przez Zamawiającego w toku postępowania. Odwołujący nie odniósł się również podczas rozprawy do tej czynności Zamawiającego, którą akcentował Przystępujący w swoim piśmie procesowym.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami (tak np. w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18). Treść odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej. Wprawdzie prowadzone postępowanie jest podprogowe, niemniej Odwołujący mógł skorzystać z uprawnienia określonego w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp i zakwestionować, w drodze informacji kierowanej do zamawiającego, treść udzielonej odpowiedzi. Skoro tego nie uczynił, odpowiedź na pytanie stała się obowiązująca i skuteczna wobec wszystkich uczestników postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że próbki Odwołującego nie zawierały wymaganych metek, które były obowiązkowe wobec jednoznacznie udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 8 w dniu 10 października 2019 r. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego jest niezgodna z postanowieniami SIWZ z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości złożenia próbek bez

doczepionych metek. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za bezzasadny.

Z tych samych przesłanek Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie nie było sporu między stronami oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego, iż próbki, o których mowa w punkcie Rozdziale VI pkt 5 SIWZ, stanowiły treść oferty. Zamawiający żądał od wykonawców próbek w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Odwołujący złożył próbki bez wymaganych metek. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec postanowień SIWZ, takie wezwanie do uzupełnienia metek, stanowiących element próbki badanej w pozacenowym kryterium oceny ofert, byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto, Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, ponieważ próbka podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert, stanowiąc jednocześnie treść oferty, a nie podlegała ocenie w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Reasumując, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego bez wzywania do wyjaśnień dotyczących zaniechania załączenia metek do przedłożonych próbek.

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu koloru nadruku rogalika na czapeczce w zestawie koloru szarego Izba uznała, że podlega on oddaleniu z uwagi na art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami OPZ Zamawiający wymagał, aby czapeczka w zestawie szarym miała z przodu szary sitodruk (Panteone 14 – 4503 TCX). Następnie Izba ustaliła, iż w zestawie szarym Odwołującego sitodruk jest szary. Izba wskazuje, że mimo potwierdzenia się ww. zarzutu i tak oferta Odwołującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak wskazano powyżej.

W zakresie zaś koloru rogalika na czapeczce w zestawie beżowym Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami OPZ Zamawiający wymagał, aby czapeczka w zestawie beżowym miała z przodu beżowy sitodruk (Pantone 2745U). Następnie Izba ustaliła, iż w zestawie beżowym Odwołującego sitodruk wydaje się granatowy. Niemniej, jak słusznie zauważył Odwołujący, wskazanie przez Zamawiającego wzoru Pantone 2745U odnosi się do koloru fioletowego, mimo iż Zamawiający zawarł wymaganie słowne, aby czapeczka posiadała beżowy sitodruk. Zgodnie z powszechnie akceptowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, ewentualne niejasności czy też wręcz sprzeczności treści specyfikacji nie mogą powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w dobrej wierze zastosował się do postanowień dokumentacji przetargowej, które mogły zostać zinterpretowane w różny sposób.

Skoro Zamawiający opisał, że wymaga beżowego sitodruku, podając równocześnie symbol z katalogu Pantone, który niewątpliwie nie odnosi się do koloru beżowego, nie można czynić zarzutu wykonawcy, że złożył próbkę zawierającą kolorystykę według wzoru Pantone 2745U. Niemniej zdaniem Izby nadruk rogalika na czapeczce, stanowiącej próbkę Odwołującego, nie jest ani beżowy, ani fioletowy, zatem nie spełnia wymagań Zamawiającego, stąd zarzut dotyczący zestawu beżowego podlega oddaleniu.

W związku z powyższym Zamawiający nie powinien wzywać do wyjaśnień w zakresie prawidłowej kolorystyki wykonanego na czapeczce nadruku rogalika, tylko uznać, że rogalik w zestawie szarym posiada prawidłowy kolor, a w zestawie beżowym nie jest ani beżowy ani fioletowy.

Izba postanowiła również oddalić zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 303 883,80 zł. Przystępujący zaproponował cenę 401 830 zł. Trzeci wykonawca XD GIFTS Sp. z o.o. zaoferował cenę 343 932,60 zł. Zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 550 000 zł brutto, a wartość szacunkową zamówienia określił na kwotę 460 000,00 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający stwierdził rażąco niską cenę w ofercie Odwołującego, lecz odstąpił od wezwania Odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, podając w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że *odstępuje od wezwania do wyjaśnień, gdyż oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ*. Uwadze Zamawiającego umknął jednak fakt, że w przedmiotowej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż przepis ten dotyczy wzywania do wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa o ponad 30% od ubruttowanej wartości szacunkowej zamówienia).

Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Zatem zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wystąpił ww. wskaźnik matematyczny. Wymaga podkreślenia, że zwolnienie z ww. obowiązku następuje w wyjątkowej sytuacji, tj. gdy rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a ubruttowaną wartością szacunkową zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2, lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają

wyjaśnienia. Taka informacja nie znalazła się nigdzie w dokumentacji postępowania, a Zamawiający arbitralnie uznał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Należy podkreślić, że nie jest dopuszczalne automatyczne stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską bez umożliwienia mu uprzedniego złożenia wyjaśnień. Tym samym nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy, który nie był wzywany do składania wyjaśnień zmierzających do ustalenia, czy zaofferowana przez wykonawcę cena nosi znamiona rażąco niskiej. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wyzwał Odwołującego do wyjaśnień, a więc zarzut potwierdził się. Niemniej pozostaje to bez istotnego wpływu na wynik postępowania, co w konsekwencji powoduje brak możliwości uwzględnienia odwołania na podstawie 192 ust. 2 ustawy Pzp. Przesądza o tym potwierdzenie przez Izbę prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie spełnienia wymogu dotyczącego załączenia metek do próbek. W konsekwencji brak jest możliwości uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....