

Sygn. akt: KIO 509/21

WYROK
z dnia 10 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 8 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku przez wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo – Leczniczym Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Poznaniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi na rzecz Zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo – Leczniczym Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo – Leczniczym Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa środków ochrony indywidualnej personelu medycznego w warunkach pandemii COYID-19 dla Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. Józefa Strusia w Poznaniu.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 grudnia 2020 roku pod numerem 2020/S 234-577041.

15 lutego 2021 roku działając zgodnie art. 92 ust. 2 przepisów wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na podstawie art. 513 ust. 1 i 2 oraz 513 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nPzp”, Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa lub Pzp) czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie pakietów (części) nr 1-3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. dalej „p.z.p” lub „ustawa”) przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części nr: 1-3;
- 2) naruszenie art. 7 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia próbek.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do przedłożenia próbek w zakresie części nr: 1-3, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego

według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył przy tym ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawiony odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie pakietów nr: 1- 3, w których oferta Odwołującego mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Zamawiający przez naruszenie przepisów ustawy (odrzucenie oferty Odwołującego) naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych ustawie, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych. W przedmiotowej sytuacji, Zamawiający czyniąc wbrew przepisom ustawy (w szczególności naruszając zasadę równego traktowania) nie dokonał badania oferty Odwołującego w sposób określony SIWZ. Ta czynność Zamawiającego, stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ prowadzi de facto do nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający zgodnie z SIWZ wskazał:

Wykonawca winien dostarczyć wzory oferowanego asortymentu z każdego pakietu i pozycji. Próbki należy złożyć po jednym egzemplarzu.

Próbki/wzory przechodzą na własność Zamawiającego i jako element zużywalny, nie podlegają zwrotowi.

Próbki (wzory) należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego w terminie składania ofert, zaznaczając na opakowaniu dokładną nazwę i adres Wykonawcy, oraz nazwę przetargu z dopiskiem „wzory”. Wewnątrz opakowania należy umieścić dokładny spis załączonych wzorów, a na wzorach odręcznie zaznaczyć, którego pakietu i pozycji dotyczą.

Zamawiający informuje, że ww. wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty. W związku z tym, nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 4 lutego 2021 r. Zamawiający wysłał do Odwołującego pismo, informujące o odrzuceniu jego oferty, w którym wskazał jak niżej:

Zgodnie z warunkami wskazanymi w pkt. IV 7 SIWZ, Wykonawcy byli zobowiązani do dostarczenia wzorów oferowanego asortymentu z każdego pakietu i pozycji po jednym egzemplarzu w terminie składania ofert, który został wyznaczony na dzień 05 styczeń 2021 roku godzina: 09:00. Zamawiający w toku oceny i badania ofert stwierdził, że Wykonawca składający ofertę, tj. firma Skamex sp. o.o. sp. j. nie dostarczyła wymaganych wzorów. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty, w związku z tym, nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w par. 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Znamawiający oczekiwał wzorów asortymentu w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty, z treścią SIWZ, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów według przyjętych kryteriów pozacenowych, tj. opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim czy oferowany sprzęt odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający traktuje próbki jako treść oferty niepodlegającą uzupełnieniu.

Odwołujący podał, że SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też jakichkolwiek innych dokumentach postępowaniach, nie znalazła się informacja, w jakim celu przedmiotowe próbki są żądane.

Analizując wymagania dotyczące „próbki” nie można zapominać, że próbka może być składana w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Stanowiło o tym wprost rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Próbka może stanowić również część oferty. Będzie tak, jeżeli zamawiający zażąda jej złożenia w celu przyznania punktów w kryteriach oceny ofert (np. kryterium jakości). I tak zgodnie ze stanowiskiem KIO, jeżeli Zamawiający oczekuje przedłożenia próbek proponowanego przez wykonawców asortymentu, celem ich oceny w ramach kryterium oceny ofert, próbki te należy traktować jako treść oferty (np. KIO 198/17).

Próbka tak złożona nie może podlegać ani modyfikacjom w trakcie oceny ofert, ani nie może podlegać uzupełnieniu, jeżeli pierwotnie nie została załączona do oferty. Odmienne przyjęcie skutkowałoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ może się zdarzyć sytuacja, w której wykonawca po zapoznaniu się ze złożoną treścią innych ofert, dokonałby modyfikacji treści swojej oferty.

Należy jednak podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu, nie wiadomo, w jakim celu żądana była próbka. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2603/18. Przenosząc tezę powyższego wyroku, na przedmiotową sytuację, należy wskazać, że próbka nie była żądana ani w celu przyznania punktów (jedynym kryterium oceny ofert była cena), jak również w żadnym miejscu SIWZ, Zamawiający nie wskazał jakoby próbka miała na celu zbadania zgodności ofertowanego asortymentu, z wymaganiami Zamawiającego. Jeżeli nie wiadomo, więc, jaki cel miała spełniać wymagana próbka, należy wskazać, że nadawanie jej „odpowiedniego charakteru” po terminie składania ofert, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie, z którym „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiającego może żądać od wykonawców wyłącznych oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Z kolei analizując przedmiotową sytuację, nie znając celu próbki, nie można się zgodzić, że jest ona niezbędna do przeprowadzenia postępowania. Powyższe jest potwierdzone ugruntowaną linią orzecniczą Izby (uchwała z dnia 22 września 2017 r. sygn. akt KIO/KU 56/17; uchwała z 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO/KU 11/17).

Brak określenia przez Zamawiającego, jaki cel mają spełniać próbki w przedmiotowym postępowaniu, nie może obciążać winą Odwołującą (wyrok Izby z dnia 13 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 968/19; wyrok z dnia 6 maja 2016 r. sygn. akt KIO 608/16).

Zgodnie z przepisami ustawy oraz utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, samodzielnie ustala opis spełniania warunków udziału, opis przedmiotu zamówienia oraz zasady oceny spełniania tych warunków. Jednak jak podkreślano wielokrotnie, wszelkie niedokładności treści postanowień SIWZ opracowanej przez zamawiającego, nie mogą jednak wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców (wyrok Izby sygn. akt KIO 204/17).

Jeżeli próbka nie była więc żądana w celu przyznania ofercie odpowiedniej liczby punktów, z automatu stanowiła, więc dokument o którym mowa w art. 26 ustawy. Dokument taki, podlega wyjaśnieniom jak również uzupełnieniom (Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, tub 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 udzielania 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.”)

Jako zasadę należy, zatem przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom w szczególności, co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała SIWZ. Należy przyjąć założenie, że wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnych z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, aby rzetelnie zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy musi zanalizować niepełną zgodnej oferty z treścią SIWZ przed przyzmat tej zasady, gdyż w przeciwnym wypadku przepis byłby martwy. Zamawiający ma wybrać ofertę nie najbardziej poprawą formalnie, ale najkorzystniejszą i do tego celu zamawiający ma korzystać z instrumentów, w które wyposażył go ustawodawca (wyrok Izby z 16 października 2014 r. sygn. akt KIO 2034/14). Intencją Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie było wykorzystanie próbki w celu przyznania odpowiedniej ilości punktów - w związku z tym może i powinna podlegać uzupełnieniu i wyjaśnieniom (wyrok Izby sygn. akt KIO 773/16).

Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ustawy (wyrok Izby sygn. akt KIO 693/14, KIO 694/14).

Odwołujący podał, że jest wykonawcą o ugruntowanej pozycji na rynku i nie ma obaw, o zaoferowaną, jakość dostarczanego przez niego asortymentu, który w pełni odpowiadał będzie wymaganiom Zamawiającego. W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dowód zawnioskowany i złożony na rozprawie przez Zamawiającego – fragmenty Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz informacje z otarcia ofert w dwóch innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez tegoż Zamawiającego.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający zgodnie z Rozdziałem IV – Opis przedmiotu zamówienia, określił:

4. Wykonawca winien dostarczyć wzory oferowanego asortymentu z każdego pakietu i pozycji.

Próbki należy złożyć po jednym egzemplarzu.

Próbki/wzory przechodzą na własność Zamawiającego i jako element zużywalne i nie podlegają zwrotowi.

Próbki (wzory) należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego w terminie składania ofert, zaznaczając na opakowaniu dokładną nazwę i adres Wykonawcy, oraz nazwę przetargu z dopiskiem „wzory”. Wewnątrz opakowania należy umieścić dokładny spis załączonych wzorów, a na wzorach odręcznie zaznaczyć, którego pakietu i pozycji dotyczą.

Zamawiający informuje, że ww. wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty.

W związku z tym, nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ – Oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymagał:

1. W celu potwierdzenia że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ, Wykonawca złoży następujące dokumenty:

(...)

4) *Próbki, opisy lub fotografie - dotyczy wszystkich pakietów:*

- a. *odpowiednie materiały informacyjne (ulotki, karty katalogowe), w języku polskim, opisujące właściwości oferowanego asortymentu oraz potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów,*
- b. *wzory oferowanych materiałów zgodnie z pkt. IV. 7 SIWZ.*

Zamawiający, za pismem z dnia 23 grudnia 2020 roku przedstawił wykonawcom wyjaśnienia w odpowiedzi na stawiane przez wykonawców pytania do treści SIWZ, między innymi podał:

Pytanie 12: PYTANIE DO SIWZ, Czy Zamawiający odstąpi od wymogu dostarczenia próbek wraz z oferta a pozwoli załączyć zgodnie z punktem 6 SIWZ jako dokumenty na wezwanie w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia udziału w postępowaniu?

Odpowiedź: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie 46: Dotyczy: Pakiet nr 1 (poz. 2,3)

Zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający w przypadku wątpliwości, że zaoferowany produkt spełnia wymagania SIWZ wezwie oferentów pod karą odrzucenia oferty do dostarczenia bezzwrotnych próbek, certyfikatów, deklaracji zgodności ?

Odpowiedź: Wykonawca dostarcza Zamawiającemu bezzwrotne próbki i pozostałe wymagane dokumenty zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. dalej „p.z.p” lub „ustawa”) przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części nr 1 - 3 oraz w zakresie naruszenia art. 7 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. W przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi (dalej: Skamex) Zamawiający zidentyfikował niezgodność względem wymagań określonych w SIWZ i stwierdził niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co w ocenie Izby stanowi działanie prawidłowe.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Treścią oferty, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby należy rozumieć jako deklarowane przez wykonawcę w ofercie spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego co do przedmiotu, zakresu, ilości, jakości ale także warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. Treść oferty składanej przez wykonawcę stanowi zobowiązanie do zwarcia umowy na określonych w oświadczeniu warunkach, którego to treść oceniana jest w granicach wymagań wskazanych w SIWZ. Dlatego należy pamiętać, że to SIWZ kreuje granice zobowiązania wykonawcy wyrażone w oświadczeniu jak i sposób wyrażenia tego oświadczenia i jego przedstawienia Zamawiającemu. Ocena zgodności treści oferty – czyli oświadczenia o zobowiązaniu do realizacji zamówienia np. zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi – może nastąpić, w przypadku gdy Zamawiający będzie tego wymagał, w oparciu o wszystkie wyartykułowane w SIWZ elementy jakie będą składać się na odpowiadające wymaganiom Zamawiającego zobowiązanie, a wyrażone w tym oświadczeniu. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania.

Kluczowym dla rozpoznania sprawy przedmiotowej sprawy odwoławczej jest odniesienie do brzmienia SIWZ ukształtowanego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu a odnoszącej się do braku wskazania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „w jakim celu żądana była próbka”. Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami SIWZ *wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty*. Takie wskazanie zawarł w Rozdziale IV pkt 7 SIWZ Zamawiający. Jednocześnie Zamawiający również zaznaczył w SIWZ, że w odniesieniu do próbki *nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*. Takie stanowisko Zamawiającego w sposób oczywisty pozwala stwierdzić, że żądane w postępowaniu wzory wyrobów (próbki) nie stanowiły dokumentów w rozumieniu ww. rozporządzenia, tym samym nie były żądane w charakterze dokumentów przedmiotowych i nie można im przypisać takiego charakteru. Tym samym, Zamawiający przesądził jednoznacznie w dokumentacji postępowania jaki charakter w tym postępowaniu ma owa wymagana próbka, stanowiąca wzór wyrobu jaki wskazywany był w Formularzu oferty – Zamawiający żądał wzoru wyrobu jako treści oferty, która podlegać będzie badaniu co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego z rozprawy, a powołującej się na brzemienne Rozdziału XIII SIWZ Izba stwierdziła, że argumentacja w tym zakresie nie była podnoszona w odwołaniu, co powoduje, że faktycznie Odwołujący stara się rozszerzyć zarzut odwołania o nowe, niepowołane wcześniej okoliczności faktyczne. Odwołujący pomijając w prezentowanym w odwołaniu stanowisku te okoliczności uznała je za niemające znaczenia dla wykazania skuteczności podnoszonego zarzutu odwołania. Niezmiennie odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Izba zaznacza, że

orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Tym samym, argumentacja faktyczna rozszerzająca dotychczas podnoszoną argumentację, nawet gdy dotyczy ona dokumentów zamówienia nie może być brana pod uwagę, bowiem stanowi ona rozszerzenie zarzutu, a takie jest niedopuszczalne po upływie terminu na wniesienie odwołania. Nie zmienia tego stanowiska również fakt odwołania się w Rozdziale XIII do Rozdziału IV pkt 7 SIWZ, bowiem to powiązanie także wcześniej nie było prezentowane przez Odwołującego.

Wzory oferowanych materiałów wykonawca miał złożyć *w terminie składania ofert*, co jednoznacznie wyartykułował w Rozdziale IV pkt 7 SIWZ. Nie zmieniły tej okoliczności również udzielone w dniu 23 grudnia 2020 roku odpowiedzi na pytania nr 12 i 46. W ocenie Izby zarówno treść pytania i treść odpowiedzi na pytanie nr 12 była jasna i precyzyjna w odniesieniu do zmiany charakteru w ramach przedmiotowego postępowania żądanych wzorów wyrobów / próbek, bowiem wynika z niego, że wykonawca jednoznacznie chciał aby Zamawiający odstąpił od wymagania dostarczenia składania próbek wraz z ofertą i nadał im zupełnie inne znaczenie w postępowaniu, lecz Zamawiający nie wyraził zgody na taką zmianę. Również odpowiedź na pytanie 46 ponownie podkreśliło, że w zakresie dostarczenia próbki Zamawiający nie zmienił SIWZ, a tym samym nie zmienił charakteru próbki określonego w dokumentacji postępowaniu.

W ocenie Izby, na kanwie tej sprawy ponownie zostaje wywołany problem – w zasadzie ugruntowany w orzecznictwie Izby jak również będący przedmiotem problematyki zamieszczonej w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 roku – celu żądania wzoru wyrobu / próbki w postępowaniu i jej prezentacji, co w konsekwencji przekłada się to na możliwość uzupełnienia lub brak możliwości uzupełnienia próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; co stanowi w zasadzie również problem przedmiotowego odwołania. Należy podkreślić, że każdorazowo należy okoliczności danej sprawy badać indywidualnie, bowiem kluczowe znaczenie mają w takim przypadku postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiedź na pytanie, czy w konkretnej sprawie próbka będzie miała charakter oferty albo dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, stanowi klucz do oceny jej celu i charakteru oraz możliwości jej uzupełnienia bądź nie. Wymaga podkreślenia, że regulacje ustawowe w zakresie żądanej w postępowaniu „próbki” (wzoru wyrobu) są bardzo skąpe i tym samym

szczególnego znaczenia nabierają postanowienia SIWZ, które w przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej, były w ocenie Izby jednoznaczne.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiające jednoznacznie wskazał w SIWZ, że *wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty* (Rozdział IV pkt 7 SIWZ), co oznacza, że wzór wyrobu / próbka w postępowaniu została potraktowana przez Zamawiającego jako treść oferty. Tym samym, skoro wzór wyrobu traktowany jest w kategorii treści oferty, to nie podlega ona uzupełnieniu.

Izba podkreśla, że w przypadku nieprzedstawienia wraz z ofertą wzoru wyrobu (próbki) – czyli dokładnie jak to jest w przypadku oferty Skamex, gdzie próbki nie zostały złożone do Zamawiającego w terminie na składanie ofert – prowadzi do takiego skutku, że oferta złożona w postępowaniu musi zostać uznana za niezgodną z postanowieniami SIWZ (oferta niezgodna z SIWZ), a w efekcie musi to skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do tego, że wymaganie określone przez Zamawiającego w SIWZ jest niezasadne lub niewłaściwe.

Izba dostrzegła również konieczność wskazania, że za pomocą wzoru wyrobu (próbki) może być wyrażona treść dotycząca oferowanego przedmiotu, która podlega ocenie Zamawiającego tak jak miało to miejsce również w rozpoznawanym przypadku. Wartym jest odnotowania fakt, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Zamawiający na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, zwraca między innymi próbki, wzory. Natomiast zgodnie z SIWZ *Próbki/wzory przechodzą na własność Zamawiającego i jako element zużywalne i nie podlegają zwrotowi*. To również potwierdza integralności złożonych wzorów wymaganych przez Zamawiającego z ofertą, stanowiąc zgodnie z SIWZ, że *wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty*.

Stanowisko Odwołującego dotyczące możliwości dokonania oceny „formalnej” czy „merytorycznej” oferty czy też próbki na różnych etapach tj. postępowania o udzielenie zamówienia lub realizacji dostawy (kontraktu) nie jest w żaden sposób zasadne w ocenie Izby, bowiem po pierwsze, nie jest ono oczywiste i powszechne – wydaje się być argumentacją przygotowaną na potrzeby toczenia tego sporu; po drugie, argumentacja ta jest bezprzedmiotowa w obliczu postanowień SIWZ. Skoro bowiem Zamawiający żądał złożenia w terminie na składanie ofert wzorów wyrobów (próbek) i podał w SIWZ, że stanowią one integralną treść oferty – to musiał dokonać ich oceny na zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie żądał tych wzorów wyrobów (próbek) w celu oceny w kryteriach oceny ofert, jak również nie żądał ich po to aby mieć jakikolwiek „wzornik” dla dokonywania odbiorów. Zamawiający żądając wzorów wyrobów zgodnie z postanowieniami

SIWZ musiał dokonać oceny oferty w ten sposób, że dokonywał oceny tychże wzorów złożonych w terminie na składanie ofert w ramach przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wymaga podkreślenia, że regulacje ustawowe w zakresie próbki są bardzo skąpe i tym samym szczególnego znaczenia nabierają postanowienia SIWZ, które w przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej, były w ocenie Izby jednoznaczne.

Izba, mając na uwadze całą powyższą argumentację nie uznała zasadności podniesionych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy i podkreśla, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ (lub jej kwestionowanie na odpowiednim etapie postępowania) natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami SIWZ i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia próbek – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba, mając na uwadze całą powyżej przedstawioną argumentację, która w tym miejscu uznaje za właściwą dla rozpoznania tego zarzutu odwołania, wskazuje za ugruntowanym stanowiskiem, *przy braku takich postanowień jednoznacznie przesądzających o znaczeniu próbki, ocenie podlega charakter wymagania.* W rozpoznawanej sprawie, w dokumentacji postępowania Zamawiający jednoznacznie podał, że do złożenia wzorów wyrobów (próbek) *nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów*

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający w taki jasny i precyzyjny sposób przesądził, że wzory wyrobów (próbki) nie są to dokumenty, które żądane są na podstawie ww. rozporządzenia, w konsekwencji oczywistym jest, że nie dokonuje się oceny wymagania określonego w SIWZ co do złożenia próbki, bowiem jest ono określone. Tym samym, skoro Zamawiający jednoznacznie przesądził, że składane próbki nie są składane w postępowaniu w oparciu o rozporządzenie, to w ocenie Izby nie podlegają również te próbki uzupełnieniu w trybie art. 26 ustawy.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że określone przez Zamawiającego wymagania co do złożenia wzorów wyrobów (próbki) muszą być postrzegane jako złożenie „dokumentów” zgodnie z rozporządzeniem. W ocenie Izby wskazanie, że *jeżeli próbka nie była więc żądana w celu przyznania ofercie odpowiedniej liczby punktów, z automatu stanowiła, więc dokument o którym mowa w art. 26 ustawy* nie znajduje uzasadnienia. W orzecznictwie Izby jednoznacznie zostało przesądzone, że po pierwsze nic nie dzieje się „z automatu” jak wskazuje Odwołujący, a po drugie, jeżeli zawarte są w SIWZ postanowienia odnoszące się do charakteru próbki to tak je należy odczytywać jak zostały podane. Nie ma przeszkody w traktowaniu próbki jako treści oferty, która daje się ocenić w kontekście postanowień SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w *sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: