

Sygn. akt: KIO 1414/15

WYROK

z dnia 16 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2015 r. przez **Iturri Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** na rzecz **Iturri Poland Sp. z o.o.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zakup środków ochrony indywidualnej, higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (zamówienie podzielone na 9 części)*”.

W dniu 3 lipca 2015 r. wykonawca Iturri Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w części 1 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 58 Kc.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na wykonanie Części 1 zamówienia, tj. dostawę koszul specjalistycznych. Zgodnie z punktem XV ppkt 10 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 1.1 do SIWZ (Opis przedmiotu Zamówienia), wykonawca wraz z ofertą miał złożyć próbkę asortymentu, który ma zostać dostarczony, odpowiadający wymaganiom zawartym w Załączniku nr 1.1. dla Części 1 oraz próbkę nadruku logo Zamawiającego, zgodnie z treścią Załącznika nr 10 do SIWZ (Wykaz próbek).

Odwołujący załączył do oferty próbkę asortymentu (koszulę specjalistyczną), zgodnie z treścią Załącznika nr 1.1. oraz Załącznika nr 10 do SIWZ. Na próbce asortymentu wykonał próbkę nadruku logo Zamawiającego metodą termotransferu trudnopalnego. W dniu 28 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie próbki nadruku logo Zamawiającego. Zamawiający w treści ww. wezwania stwierdził, że do oferty złożonej przez Odwołującego zostało dołączone oświadczenie (s. 127 oferty), iż próbki nadruku logo zamieszczonego metodą termotransferu trudnopalnego zostały przedstawione na wzorze koszuli specjalistycznej zarówno na piersi z przodu, jak i na plecach. Wykonawca oświadczył również, że w razie potrzeby może dostarczyć logo w wersji drukowanej na papierze. Wobec braku uszczegółowienia treści wezwania, przy jednoczesnym przytoczeniu sformułowania Odwołującego o możliwości złożenia dodatkowego dokumentu, tj. nadruku logo na papierze, w wykonaniu wezwania Odwołujący złożył logo w formie wydrukowanej. Kluczowym jest fakt, że Zamawiający w żadnym miejscu ww. wezwania nie zakwestionował możliwości złożenia próbki nadruku logo na próbce koszuli specjalistycznej.

Odwołujący wskazał, że pomimo terminowego uzupełnienia dokumentów o próbkę nadruku logo w formie drukowanej, Zamawiający pismem doręczonym Odwołującemu dnia 24 czerwca 2015 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania (bowiem Zamawiający odrzucił również ofertę wykonawcy PW Krystian Sp. z o.o.).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, bowiem oferta Odwołującego spełniała wszelkie wymogi SIWZ oraz wymogi załączników do SIWZ, a w szczególności Załącznika nr 1.1 oraz Załącznika nr 10. W konsekwencji, Zamawiający bezpodstawnie unieważnił całe postępowanie na podstawie nieuzasadnionego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 10 do SIWZ „Wykaz próbek” Zamawiający zamieścił informację odnosząca się do próbki nadruku logo dla Części 1 „Koszula specjalistyczna”, wskazując rodzaj materiału: Nomex Comfort oraz rozmiary logo. W zakresie nadruku zawarł informację: logo spółki zgodnie z Załącznikiem nr 3. W Załączniku nr 10 do SIWZ wskazano również informacje odnoszące się do próbki asortymentu, tj. koszuli specjalistycznej, poprzez wskazanie, że do oferty należy dołączyć próbkę towaru w postaci prototypu w ilości 1 sztuka. Z treści Załącznika nr 10 nie wynika, by próbka nadruku logo na tkaninie Nomex Comfort, z którego mają być wykonane koszule specjalistyczne będące przedmiotem zamówienia, musiała być wykonana na odrębnym fizycznie skrawku tkaniny Nomex Comfort.

Zdaniem Odwołującego, z treści Załącznika nr 1.1 do SIWZ wynika z kolei wprost, że na prototypie/próbce koszuli specjalistycznej w ramach Części 1 zamówienia ma znajdować się logo wykonane metodą termotransferu trudnopalnego, po lewej stronie koszuli nad kieszonką oraz z tyłu na plecach (wg wzoru dostarczonego przez GAZ-System). Z drugiej strony, Zamawiający wskazał w punkcie XV ppkt 11 SIWZ, że próbki należące do wykonawcy wybranego w postępowaniu w danej części pozostaną u Zamawiającego, a próbki należące do innych wykonawców będą mogły zostać zwrócone po zakończeniu postępowania. W konsekwencji, skoro Zamawiający przewidywał zwrot próbek, a zatem nie przewidywał ich niszczenia poprzez robienie prób czy badań powodujących ich unicestwienie oraz nie wskazał wprost w treści SIWZ, że próbka nadruku logo nie może zostać wykonana na próbce koszuli specjalistycznej, to nie miał prawa oczekiwać, że wykonawcy załączą do oferty dwie próbki, tj. próbkę koszuli specjalistycznej z materiału Nomex Comfort, na której zamieszczone zostanie logo wykonane metodą termotransferu trudnopalnego oraz próbka nadruku logo wykonana metodą termotransferu trudnopalnego na tkaninie Nomex Comfort, która nie jest koszulą specjalistyczną. W ocenie Odwołującego, taki wymóg wydaje się z zasady nielogiczny oraz sprzeczny z istotą celowości funkcjonalnego badania próbek.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do pozytywnej oceny próbki nadruku logo, powinien zastosować w pierwszej kolejności procedurę przewidzianą art. 26 ust.3 ustawy Pzp, przy czym za zastosowanie tej procedury nie można uznać ogólnego, lakonicznego i wprowadzającego w błąd sformułowania Zamawiającego, w którym przywołuje on oświadczenia Odwołującego, a z których wynikają dwa wnioski: że próbka nadruku logo została wykonana i przedstawiona na próbce asortymentu (co nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego) oraz że dodatkowo wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, może złożyć próbkę logo w formie wydrukowanej. W takim stanie faktycznym i przy takim sformułowaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący miał prawo uznać, że przedmiotem wezwania jest wyłącznie prośba o przedłożenie próbki nadruku logo wydrukowanej na kartce papieru. Gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do możliwości przedstawienia próbki nadruku logo na próbce asortymentu, wyraziłby to wprost nie tylko w treści SIWZ, ale w treści wezwania z dnia 28 kwietnia 2015 r. W konsekwencji uznać należy, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z pominięciem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przy założeniu, że celem Zamawiającego było zażądanie przedstawienia próbki nadruku logo na odrębnym od próbki asortymentu elemencie tkaniny Nomex Comfort. Konsekwentnie zatem, skoro Zamawiający przewidział zwrot próbek, a Odwołujący złożył zarówno próbkę asortymentu, jak i próbkę nadruku logo – tyle że na tym samym elemencie (na tkaninie właściwej dla koszuli specjalistycznej), to nie ma żadnych przeszkód oraz funkcjonalnego uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na wykonanie próbki nadruku logo na próbce koszuli specjalistycznej. Celowość złożenia próbki nadruku logo Zamawiającego, sprowadza się *de facto* do zbadania rozmiarów logo, kolorystyki oraz do zbadania, czy logo zostało wykonane metodą termotransferu trudnopalnego. Wszystkie powyższe elementy można zbadać w ramach próbki asortymentu, na którym zamieszczono logo zgodne z wymogami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że na Zamawiającym dokonującym czynności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność z treścią SIWZ spoczywa ciężar wykazania, na jakiej podstawie Zamawiający dokonał takiej oceny. W szczególności Zamawiający powinien wskazać jednoznacznie, która informacja w treści oferty wykonawcy jest niezgodna i w jaki sposób z konkretnym wymogiem SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, iż próbka nadruku logo nie spełnia wymagań SIWZ, ponieważ nie została wykonana z materiału Nomex Comfort. Zdaniem Odwołującego, powyższe stoi w absolutnej sprzeczności ze stanem faktycznym niniejszej sprawy, skoro – jak wskazuje sam Zamawiający – próbka nadruku logo została wykonana na koszuli specjalistycznej, która z natury rzeczy jest wykonana z tkaniny Nomex Comfort. Nomex Comfort jest rodzajem

tkaniny/dzianiny, co oznacza, że samo logo nie może być wykonane z tegoż materiału. Logo jest elementem, który docelowo ma być naniesiony na ostateczny produkt, tj. koszulę specjalistyczną z tkaniny Nomex Comfort. Odwołujący nagrzał próbkę logo na koszulę wykonaną z tkaniny Nomex Comfort, a tym samym spełnił wymagania określone w załączonym do oferty Odwołującego „Wykazie próbek”. Nadto, na skutek wezwania otrzymanego od Zamawiającego, Odwołujący dodatkowo przedstawił logo wykonane metodą termotransferu trudnopalnego w wersji wydrukowanej, czyli w postaci w jakiej występuje przed nagraniem, co ułatwia Zamawiającemu dokonanie pomiarów logo. Stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności z treścią Załącznika nr 1.1 oraz Załącznika nr 10 do SIWZ, w których określono sposób umieszczenia logo – „logo metodą transferu trudnopalnego, po lewej stronie koszuli nad kieszonką oraz z tyłu na plecach (wg wzoru określonego przez GAZ-SYSTEM)”. Niniejszy opis pozwala na przyjęcie jednoznacznego stanowiska, zgodne z którym na próbce towaru, tj. próbce koszuli specjalistycznej należy umieścić logo Zamawiającego, co zostało uczynione przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, wymóg przedłożenia logo zrozumiany był przez Odwołującego był w pełni poprawnie i zgodnie z zapisami SIWZ. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwym odrzucenie oferty wykonawcy w przypadku rozbieżności co do rozumienia sformułowań umieszczonych w SIWZ. Na Zamawiającym ciąży bowiem obowiązek takiego sformułowania warunków w SIWZ, który nie pozwala na zaistnienie wątpliwości interpretacyjnych. Obowiązkiem Zamawiającego jest takie sprecyzowanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, by wykonawcy mogli ustalić w sposób jednoznaczny treść wymagań zamawiającego. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, jeśli zamawiający temu obowiązkowi nie uczyni zadość. Jeśli dla Zamawiającego ma istotne znaczenie, by próbka asortymentu oraz próbka nadruku logo zostały wykonane na całkowicie odrębnych kawałkach tkaniny Nomex Comfort, winien określić to w sposób wyraźny, nie pozostawiający dowolności interpretacyjnej. W ocenie Odwołującego, nawet w przypadku uznania, że istnieje również możliwość odmiennej interpretacji wymagań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie (tj. konieczność złożenia dwóch odrębnych fizycznie próbek wykonanych na dwóch kawałkach tkaniny Nomex Comfort – jedna dla koszuli specjalistycznej z logo, a druga tylko dla logo), to takie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, zaś niejasność postanowień SIWZ nie może wywierać dla niego negatywnych skutków.

Odwołujący podkreślił, że dołożył wszelkiej staranności, by dostarczyć do Zamawiającego próbkę opisaną w załączniku do SIWZ zgodnie z wyznaczonymi parametrami. Skoro z oferty Odwołującego wynika wprost, że spełnia ona wszelkie wymogi SIWZ, a próbka koszuli specjalistycznej wraz z próbką nadruku logo potwierdzają, że

oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia spełnia wszelkie wymogi SIWZ, nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty. Nieprawdą jest, jak twierdzi Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert, że próbka nie została wykonana z materiału Nomex Comfort, skoro próbka nadruku logo została umieszczona na próbce koszuli specjalistycznej wykonanej z tkaniny Nomex Comfort. Ponieważ przedstawienie próbki nadruku logo na próbce asortymentu nie zostało zakazane ani w postanowieniach SIWZ, ani w treści załączników do SIWZ, to próbka nadruku logo złożona pierwotnie wraz z ofertą Odwołującego mieści się w zapisach SIWZ, a także pozwala na wszechstronne zbadanie próbki pod kątem spełniania wszelkich innych parametrów oznaczonych w ofercie i wymaganych przez Zamawiającego. Tym samym, odrzucenie oferty przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że biorąc pod uwagę wprowadzające w błąd sformułowania Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, powielone następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania, nie sposób uznać, by Zamawiający rzetelnie i szczegółowo wskazał wszystkie okoliczności faktyczne będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast Odwołujący od momentu złożenia oferty konsekwentnie twierdził (co ponownie wskazał w swoim oświadczeniu z dnia 5 maja 2015 r.), że załączona do oferty próbka jest próbką asortymentu (koszuli specjalistycznej) oraz próbką nadruku logo. W ocenie Odwołującego pierwotna oferta spełniała wszelkie wymogi SIWZ i załączników do SIWZ, a celem wezwania było wyłącznie wyegzekwowanie od Odwołującego logo w wersji naniesionej/nagrzonej na papierze (folii) w związku z oświadczeniem Odwołującego o takiej dodatkowej możliwości.

Odwołujący podniósł, że uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno być na tyle szczegółowe, aby znane były uczestnikom postępowania motywy, jakimi kierował się zamawiający. Biorąc pod uwagę konsekwencje, jakie wiążą się z czynnością odrzucenia oferty, jak również zasadę pisemności postępowania, zamawiający winien wskazać w sposób szczegółowy wszystkie okoliczności faktyczne, jak również wskazać podstawę prawną dokonanej czynności. Czynność odrzucenia oferty jest czynnością ostateczną i winna być poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień pozwalających na wykazanie przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe, Odwołujący podniósł zarzut przedwczesności unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub

którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Mając na uwadze, że próbka wymagana do złożenia oferty w tym postępowaniu stanowiła – z uwagi na jej cel – dokument w świetle rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, uznać należy, że jej ewentualne niekompletne złożenie wymaga złożenia przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zdaniem Odwołującego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało sporządzone w taki sposób, który nie pozwalał przyjąć, że istnieją inne niż wskazane powyżej „wady lub braki” próbki nadruku logo. Zamawiający zaniechał zastosowania wyczerpującej i nie pozostającej miejsca na interpretację procedury określonej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które ewentualnie budził jego wątpliwość co do zgodności oferty – w zakresie wykonania próbki nadruku logo na próbce asortymentu – z treścią SIWZ, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz bezstronność i obiektywizm.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. XV.10. SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania opisane przez Zamawiającego w załącznikach nr 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą:

- odpowiednie certyfikaty, raporty, deklaracje zgodności oraz dokument potwierdzający skład i konstrukcję dzianiny zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ,

- próbki asortymentu, który ma zostać dostarczony, odpowiadający wymaganiom zawartym w załącznikach nr 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ „Wykaz próbek”,
- próbki nadruku logo zamawiającego, zgodnie z treścią załącznika nr 10 do SIWZ „Wykaz próbek”

W załączniki nr 10 do SIWZ, w odniesieniu do logo dla części nr 1 Zamawiający zapisał: rodzaj materiału – NOMEX COMFORT, rozmiar logo: długość: 7,5 cm-12,5 cm, Szerokość: 2 cm-3,5 cm, nadruk: logo spółki zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy. Z kolei w odniesieniu do koszuli specjalistycznej wymóg brzmiał: *Do oferty należy dołączyć próbkę towaru w postaci prototypu w ilości 1 szt.*

Odwołujący załączył do oferty próbkę koszuli specjalistycznej wykonaną z materiału Nomex Comfort, z nadrukowanym na tej koszuli logo (okoliczność bezsporna).

W dniu 28 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia m.in. próbki logo. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XV ust. 10 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą próbek nadruku logo Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wskazał w załączniku nr 10 do SIWZ (Wykaz próbek) jakie próbki (rodzaj materiału, logo nadruku) winien złożyć wykonawca. Zamawiający stwierdził, że do oferty nie została dołączona dla części nr 1 próbka nadruku logo Zamawiającego. Jednocześnie do oferty złożonej przez wykonawcę zostało dołączone oświadczenie wykonawcy (str. 127 oferty), że próbki logo zamieszczonego metodą termotransferu trudnopalnego zostały przedstawione na wzorze koszuli specjalistycznej, zarówno na piersi z przodu jak i na plecach. W razie potrzeby wykonawca może dostarczyć logo w wersji drukowanej na papierze. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia próbki nadruku logo Zamawiającego zgodnie z załączonym wykazem próbek.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu logo w wersji drukowanej na papierze (okoliczność bezsporna).

W dniu 24 czerwca 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania z uwagi na brak oferty niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził, że do upływu wyznaczonego terminu (6 maja 2015 r.) wykonawca uzupełnił przedmiotową próbkę. Po analizie ww. próbki zamawiający stwierdził, że próbka nie spełnia wymagań określonych w załączonym do oferty „Wykazie próbek”, ponieważ nie została wykonana z materiału Nomex Comfort. W konsekwencji wykonawca nie potwierdził, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisane przez zamawiającego dla części nr 1.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, czynności Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia próbki logo, a następnie na odrzuceniu oferty Odwołującego, były bezpodstawne i dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

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. Niezgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty, musi dotyczyć merytorycznych wymagań określonych w specyfikacji. Nie uzasadnia odrzucenia oferty jej niezgodność z SIWZ mająca charakter wyłącznie formalny, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem celem samym w sobie, lecz ma służyć realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, odpowiadającej potrzebom zamawiającego), z poszanowaniem zasad jawności, przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, oferta Odwołującego już przed wezwaniem do uzupełnienia próbki logo, była zgodna z postanowieniami SIWZ dotyczącymi obowiązku załączenia próbki logo. Odwołujący bowiem wypełnił wszystkie merytoryczne wymagania określone w tym zakresie w specyfikacji, tj. przedstawił próbkę logo wykonaną metodą transferu trudnopalnego na tkaninie Nomex Comfort. Fakt, że logo zostało nadrukowane na próbce koszuli specjalistycznej nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia możliwości prawidłowego zbadania oferty. Charakter próbki logo, którą zobowiązani byli złożyć wykonawcy, nie pozostawia wątpliwości, że stanowiła ona „dokument” w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. żądana była na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zatem celem złożenia próbki było umożliwienie Zamawiającemu zbadania, czy logo, które będzie wykonane na koszulach specjalistycznych spełnia opisane w SIWZ wymagania. Próbka logo zamieszczona na próbce koszuli specjalistycznej w pełni umożliwiała Zamawiającemu to badanie. Zatem wymogowi, który

Zamawiający wywodzi z pkt. XV.10. SIWZ, a dotyczącemu konieczności złożenia fizycznie odrębnych próbek koszuli i logo, można by przypisać charakter wyłącznie formalny. W ocenie Izby jednak, nawet takie czysto formalnego wymagania nie wynika z treści SIWZ, nie zostało ono bowiem literalnie wyartykułowane.

Jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy, złożenie próbki logo na odrębnym od koszuli fragmencie tkaniny, miało dla niego to znaczenie, że próbkę koszuli i próbkę logo oceniały komisje w różnych składach. Takie uzasadnienie należy uznać za niemające znaczenia dla oceny, czy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Jeśli Zamawiający z przyczyn dotyczących organizacji pracy komisji za celowe uznał dysponowanie dwiema fizycznie odrębnymi próbkami, winien taki wymów wyraźnie sformułować w SIWZ, czego nie uczynił. Przyjęcie takiej a nie innej organizacji pracy komisji nie zmienia faktu, że dostarczona przez Odwołującego próbka umożliwiła dokonanie oceny pod kątem wszystkim opisanym w SIWZ wymogów, spełniony został więc cel jej złożenia. Jednocześnie Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, że nie miał żadnych merytorycznych zastrzeżeń co do próbki logo zamieszczonej na koszuli, a jedynym powodem wezwania do uzupełnienia próbki był fakt, że nie została ona złożona na odrębnym od koszuli fragmencie tkaniny. Fakt ten, jak wykazano powyżej, nie uzasadniał uznania, że oferta Odwołującego obarczona jest brakami, bezpodstawne zatem było zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie stwierdzić należy, że wniesienie odwołania dopiero od czynności odrzucenia oferty, nie powoduje niemożliwości oceny, czy dokumenty załączone do oferty były prawidłowe oraz czy czynność wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była zasadna. Zrozumiałe jest bowiem, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, podjął próbę uzupełnienia wskazanych przez Zamawiającego braków, bez zaskarżania samej czynności wezwania, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu co do poprawności oferty (czy też na niedopuszczenie do takiego sporu). To dopiero czynność odrzucenia oferty, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na wynik tego postępowania, jest tą czynnością, wobec której wykonawcy – kierując się względami racjonalnego działania – korzystają ze środków ochrony prawnej. Zatem fakt, że Odwołujący podjął próbę uzupełnienia braków zgodnie z wezwaniem, a odwołanie wniósł dopiero po dokonaniu odrzucenia jego oferty, nie pozbawia go możliwości skutecznego wywodzenia prawidłowości próbki załączonej do oferty.

Jak wskazano powyżej, brak było podstaw faktycznych do wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i już z tego względu wezwanie to było nieprawidłowe. W związku z powyższym na marginesie jedynie stwierdzić należy, że nieprawidłowy był również sposób sformułowania wezwania, bowiem z jego treści nie

wynikało, w czym Zamawiający upatruje wadliwości próbki logo załączonej do oferty. Wezwanie powinno być tak sformułowane, aby wykonawca uzyskał wiedzę, na czym polegają braki w ofercie i jak je prawidłowo uzupełnić. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wyartykułował w wezwaniu, dlaczego uważa, że załączona próbka nie odpowiada jego wymaganiom, a wykonawca mógł się jedynie domyślać, że Zamawiającemu chodzi o nieprzedstawienie próbki logo na odrębnym od koszuli fragmencie tkaniny, co powinno być w wezwaniu wprost wskazane. Niemniej jednak, wobec niezasadności samego wezwania, wadliwe jego sformułowanie ma charakter wtórny.

Sposób uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za konsekwencję błędów popełnionych przez Zamawiającego na wcześniejszych etapach postępowania, tj. błędnej oceny próbki oraz bezzasadnego wezwania do jej uzupełnienia. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie nie może więc być uznane za naruszające art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem przedstawia ono okoliczności faktyczne i prawne odrzucenia oferty, a jego wadliwość polega na oparciu czynności odrzucenia na błędnych ocenach dokonanych przez Zamawiającego (uzasadnienie dotyczy próbki uzupełnionej na podstawie bezzasadnego i nieprawidłowo sformułowanego wezwania).

Podsumowując, stwierdzić należy, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z powodu nieprzedłożenia próbki logo, w związku czym brak było również podstaw do unieważnienia postępowania. Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (a w konsekwencji również art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: