

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę – **S. sp. z o.o. sp. k., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Z. Z. O. Z. w W., ul. (...)**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez S. sp. z o.o. sp.k., ul. (...) w zakresie pakietu nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2 z uwzględnieniem oferty S. sp. z o.o. sp. k., ul. (...).**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Z. Z. O. Z. w W., ul. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. sp. z o.o. sp. k., ul.(...)**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Z. Z. O. Z. w W., ul. (...)** na rzecz **S. sp. z o.o. sp.k., ul. (...)** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Z. Z. O. Z. w W., ul. (...), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa rękawiczek jednorazowego użytku dla ZZOZ w W.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2016 r., pod nr 2016/S 184-329525.

Dnia 23 marca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 3 kwietnia 2017 roku wykonawca S. sp. z o.o. sp.k., ul. (...) (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie pakietu nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w zakresie pakietu nr 2, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez błędną ocenę wyrobów zaoferowanych przez odwołującego, innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 2, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2 z uwzględnieniem oferty odwołującego, nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 2 złożył odwołujący, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści ofert na okoliczność potwierdzenia, że produkty zaoferowane przez odwołującego spełniają wymagania określone w s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, iż podstawą dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego było to, że dokumenty złożone przez odwołującego, nie są wynikami badań z niezależnego laboratorium, są to dokumenty wystawione przez producenta.

Tymczasem zamawiający nigdzie w treści s.i.w.z. nie postawił wymogu dotyczącego podmiotu uprawnionego do „wystawienia dokumentu”. Zgodnie z s.i.w.z. dokument ten opisano w pkt 6.10.2. Na etapie wyjaśnień treści oferty również nie doprecyzowano, przez kogo mają być wystawione dokumenty zawierające wyniki badań z niezależnego laboratorium. Załączone dokumenty dostarczają zamawiającemu wszystkich wymaganych informacji, tzn. zgodność z normą EN 374-2, EN 374-3 na podstawie badania niezależnego laboratorium. Autor dokumentu, właściciel marki przedstawił wyniki badań ze wskazaniem niezależnego laboratorium które je wykonał i identyfikacji zaoferowanych rękawic.

Odwołujący przedstawił w ofercie dokumenty spełniające wszystkie merytoryczne wymagania zamawiającego.

Słowo „wynik” w Słowniku Języka Polskiego (PWN) oznacza: 1. «to, co zostało osiągnięte na skutek jakichś działań», lub 2. «ostateczna liczba lub ostateczne wyrażenie otrzymane po wykonaniu działań matematycznych». Wykluczając wariant 2 dotyczący wyjaśnienia sensu słowa „wynik” odnoszący się do działań matematycznych pozostaje nam wariant 1, który w żaden sposób nie odnosi się do metodologii i formy podania wyników. Wykonawca złożył wszelkie wymagane w s.i.w.z. dokumenty potwierdzające spełnianie przez zaoferowane towary wymagań s.i.w.z. Tymczasem ocena oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Po pierwsze, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, mimo iż oferowane produkty są zgodne z s.i.w.z. Po drugie zamawiający zastosował do odrzucenia oferty Odwołującego kryterium ustalone po otwarciu ofert.

Odwołujący podkreślił, iż na żadnym etapie prowadzenia postępowania zamawiający nie opisał zasad oceny ofert, na które obecnie się powołuje. Oznacza to, że zamawiający jest związany postanowieniami s.i.w.z. obowiązującymi w dniu otwarcia ofert. Jeżeli zamawiający nie opisał szczegółowych wymagań, to powinien dokonywać oceny oferty w oparciu o zawarte w s.i.w.z. postanowienia. Odmienny sposób postępowania należy uznać za niedozwoloną interpretację, czy wręcz modyfikację s.i.w.z., po terminie otwarcia ofert.

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 ust. 1 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego opisane w s.i.w.z. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 2, zamawiający dokonał oceny oferty w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i odrzucił ofertę odwołującego. Tym samym naraził odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis 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 przekracza kwoty określone 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, kwalifikowanego 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.

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

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego jako przyczynę podał: *„W związku z prowadzonym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę rękawiczek jednorazowego użytku ZZOZ w W., znak: ZP/PRZET/26/2016 na podstawie art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, informuję, że w postępowaniu w zakresie Pakietu nr 2 została złożona oferta firmy S. Sp, zo.o. sp.k. ul. (...), która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Zamawiający w Rozdziale VII s.i.w.z. „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego” pkt 6.10 ppkt 6.10.2. wymagała wyników badań z niezależnych laboratoriów dla normy EN- PN 374-2 oraz normy EN-PN 374-3. (...). W dniu 20 lutego 2017 roku, zamawiający na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, wezwał do ponownego uzupełnienia dokumentów tj wyniki badań z niezależnych laboratoriów dla normy EN-PN 374-3 - dotyczy Pakietu nr 2 poz 1 i 2. Wykonawca uzupełnił ww dokumenty jednakże dokumenty złożone przez firmę S. nie są wynikami badań z niezależnego laboratorium, są to dokumenty wystawione przez producenta. W związku z powyższym przedstawione dokumenty są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.”.*

Wskazać należy, że odwołujący na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 22 lutego 2017 roku, przedstawił zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) Pismo producenta rękawic z 30 listopada 2016 roku (S.),
- 2) Pismo producenta rękawic z grudnia 2016 roku (M.).

W toku prowadzonej rozprawy zamawiający oświadczył, iż informacje zawarte w treści złożonych oświadczeń (producenckich) potwierdzają parametry opisane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że odwołujący nie dostosował się do wymogów s.i.w.z., albowiem zamawiający

żądał przedłożenia wyników badań z niezależnych laboratoriów, a odwołujący przedłożył jedynie oświadczenia własne producenta rękawic.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, uznając je za własne.

Nadto wskazać należy, co następuje.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokument żądany przez zamawiającego opisano w pkt 6.10.2. s.i.w.z. w sposób następujący, cyt. „*Wyniki badań z niezależnych laboratoriów dla normy EN- PN 374-2 oraz normy EN-PN 374-3 - dotyczy Pakietu nr 2*”.

Z treści przywołanego wyżej wymogu nie sposób wywieść, iż wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku przedmiotowego miał obowiązek przedłożyć zamawiającemu wyniki badań z niezależnego laboratorium w tym sensie, że wyniki te muszą być opisane i potwierdzone dokumentem wystawionym przez to laboratorium. W ocenie Izby opis sposobu spełniania tego warunku nie dyskwalifikuje dokumentu – oświadczenia złożonego przez producenta, albowiem cel żądania określonego potwierdzenia został przez zamawiającego osiągnięty, tj. zamawiający posiadał wiedzę, że opisany przez niego przedmiot zamówienia spełnia parametry graniczne ustalone treścią s.i.w.z., tzn. przedmiot oferty zgodny jest z opisem przedmiotu zamówienia oraz dało się ustalić, że wyniki badań przedstawione poprzez oświadczenie producenta zostały potwierdzone przez niezależne laboratorium.

Sformułowanie użyte przez zamawiającego „Wyniki badań z niezależnych laboratoriów” w sposób jasny i czytelny wskazuje na okoliczność, że zamawiający wymagał, aby dało się ustalić wyniki jakie osiągnął dany produkt w trakcie przeprowadzonego badania przez niezależne laboratorium. Z treści tego warunku nie wynika, że wyniki badań muszą być przedstawione (zaprezentowane) w piśmie tego laboratorium. W ocenie Izby treść warunku zezwala wykonawcom na przedstawienie wyników z niezależnego laboratorium w dowolny sposób, czy to przez złożenie oświadczenia producenta, czy też np. poprzez złożenie oświadczenia wykonawcy i zacytowanie wyników badań. Na powyższe zezwala chociażby § 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 (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), który we wskazanym przepisie posługuje się sformułowaniem niedookreślonym „w szczególności”, co oznacza, że oprócz enumeratywnie wymienionych rodzajów dokumentów zamawiający może posługiwać się również innymi, opisanymi przez siebie, a nie wymienionymi w omawianym przepisie.

W ocenie Izby, opis sposobu spełniania warunku dokonany przez zamawiającego nie wykluczał możliwości potwierdzenia spełnienia warunku w sposób, który dokonał odwołujący.

Nadto wszelkiego rodzaju wątpliwości, które powstają na etapie oceny ofert, a wynikające z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą wywoływać negatywnych skutków względem wykonawcy i jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający swoimi czynnościami naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając jej niezgodność z treścią s.i.w.z., a w konsekwencji naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący prawidłowo zinterpretował treść opisu spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, czemu dał wyraz przedkładając zamawiającemu stosowne dokumenty/oświadczenia producenta rękawiczek.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: