

**WYROK**

**z dnia 26 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 kwietnia 2017 r.** przez konsorcjum: **1) PW K. Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha; 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy, ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca:

**A. Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała**, po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1.1. Oddala odwołanie
- 1.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum: **1) PW K. Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha; 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy, ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha**,
- 1.3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum: **1) PW K. Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha; 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy, ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha**, tytułem wpisu od odwołania,

- 1.4. zasądza od odwołującego - konsorcjum: **1) PW K. Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha; 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy, ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha**, na rzecz zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.” część 1, 2 i 3, (Dz. Urz. U.E. nr 2016/S 177-318866 z 14.09.2016r.), w dniu 14 kwietnia 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez konsorcjum: 1) PW K. Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha; 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy, ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha w zakresie części 1,2 i 3 zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie. Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia z dnia 5 kwietnia 2017 r. o wyniku postępowania i o wyborze oferty wykonawcy Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała na część 1,2 i 3 zamówienia.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 14.09.2016r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp złożył w dniu 20 kwietnia 2017 r. wykonawca Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała - po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Strony potwierdziły, że kopie przystąpienia otrzymały.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała, gdyż jego oferta została wybrana do realizacji zamówienia na zadanie 1, 2 i 3, zatem interes przystępującego na rzecz utrzymania w mocy tej czynności zamawiającego - jest niewątpliwy.

Wykonawca Iturri Poland Sp. z o.o. wnosił o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania. Przystępujący podnosił, że decyzja zamawiającego o wyborze jego oferty, jako

najkorzystniejszej jest prawidłowa zgodna z postanowieniami SIWZ oraz ustawy Pzp, a zarzuty odwołującego nie znajdują uzasadnienia, tak faktycznego, jak i prawnego.

Wniosek o odrzucenie odwołania przystępujący motywował jak następuje: „skoro Odwołujący twierdzi, że oferta Iturri Poland zawierała braki niepodlegające uzupełnieniu w trybie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, winien był złożyć odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu w dniu 28 listopada 2016 r. Iturri Poland do uzupełnienia oferty. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy PZP odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 art. 182 PZP wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tym samym, termin na wniesienie ewentualnego odwołania upłynął kilka miesięcy temu. Na mocy art. 189 ust. 2 pkt 3) PZP Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie PZP, o co wnosi Iturri Poland już na obecnym etapie postępowania.

Z daleko posuniętej ostrożności podnoszę, że najdalszym terminem kiedy Odwołujący mógł próbować kwestionować zgodność oferty Iturri Poland z SIWZ było zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 17 lutego 2017 r., kiedy to Zamawiający wybrał ofertę FR Protecion Poland Sp. z o.o. jako ofertę najkorzystniejszą we wszystkich trzech zadaniach objętych Postępowaniem. Oferta Iturri Poland została sklasyfikowana na drugim miejscu, a oferta Odwołującego na miejscu trzecim.

W okresie od dnia 17 lutego 2017 r. (pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej) a dniem 6 kwietnia 2017 r. (drugi wybór oferty najkorzystniejszej) Zamawiający nie wykonywał żadnych czynności związanych z ofertą Iturri Poland. Jedyłą czynnością Zamawiającego podjętą w stosunku do wykonawcy Iturri Poland w ramach Postępowania pozostawało wezwanie do uzupełnienia oferty z dnia 28 listopada 2016 r. Tym samym, nie zaistniała żadna zmiana, która uprawniałaby Odwołującego do złożenia odwołania na tę czynność po kilku miesiącach, a nie po 10 dniach, jak wymaga tego ustawa PZP.

Co więcej, pomimo, że oferta Odwołującego została pierwotnie sklasyfikowana na trzecim miejscu (tj. zgodnie z zawiadomieniem o wyniku postępowania z dnia 17 lutego 2017r.), Odwołujący miał interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem już wtedy, tj. w listopadzie 2016 r. dostrzegł rzekome „wady” w ofertach złożonych przez FR Protecion Poland Sp. z o.o. (oferta tego wykonawcy została uznana za ofertę najkorzystniejszą) oraz w ofercie Iturri Poland (której oferta zajęła drugie miejsce), które to „wady” Iturri Poland w stosunku do swojej oferty oczywiście kwestionuje w całej rozciągłości. O fakcie zaistnienia

rzekomych „wad” Odwołujący poinformował Zamawiającego w dniu 24 listopada 2016 r., czym wprost wyczerpał przesłankę, o której mowa w art. 182 PZP w zakresie liczenia terminu do wniesienia odwołania, tj. 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Dowody:

- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 24 listopada 2016 r. - oryginał w posiadaniu Zamawiającego - wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia ww. pisma do akt niniejszego postępowania,
- wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty Iturri Poland z 28 listopada 2016 r. - oryginał w posiadaniu Zamawiającego - wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia ww. pisma do akt niniejszego postępowania,
- zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 17 lutego 2017 r. - oryginał w posiadaniu Zamawiającego - wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia ww. pisma do akt niniejszego postępowania,
- ponowne zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 5 kwietnia 2017 r. - oryginał w posiadaniu Zamawiającego - wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia ww. pisma do akt niniejszego postępowania.

Z uwagi na powyższe, w pierwszej kolejności wnoszę, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) PZP w zw. z ust.3 PZP, o odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym. W przypadku niepodzielenia stanowiska Przystępującego, co do konieczności odrzucenia odwołania, wnoszę o jego oddalenie w całości.”

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) zakłada uproszczenie procedur przetargowych i odciążenie zarówno zamawiających, jak i wykonawców w zakresie obowiązków udokumentowania okoliczności, o których stanowi art. 25 ust. 1 Pzp i ograniczenie ich do wstępnie sklasyfikowanego na pierwszej pozycji wykonawcy zamówienia. Ustawodawca zrezygnował z zasady koncentracji, tj. z jednoczesnej oceny wszystkich ofert, oraz z koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Weryfikacji podlega oferta sklasyfikowana na pierwszej pozycji według kryteriów, a jej wybór może skarżyć nie tylko wykonawca, którego oferta wstępnie, przed weryfikacją zajęła drugą pozycję. W sytuacji, gdy wykonawca FR Protecion Poland Sp. z o.o. został wykluczony, a jego oferta odrzucona - kolejną pierwszą ofertą podlegającą weryfikacji i wyborowi - stała się oferta przystępującego Iturri Poland. Ustalona kolejność ofert według kryteriów nie stanowi o czynności zamawiającego zweryfikowania wszystkich ofert i nie daje podstaw do wnoszenia

środków ochrony prawnej przeciwko ofertom, które z uwagi na dalszą pozycję nawet nie muszą być przez zamawiającego sprawdzane. Z tych względów Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu przewidzianego w ustawie. Odwołanie wnosi się wobec czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego. Sam fakt, że odwołujący dowiedział się o rzeczywistych, bądź rzekomych brakach w ofercie przystępującego Iturri Poland już w listopadzie 2016 r. pozostaje bez znaczenia.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Iturri Poland Sp. z o.o., która została wybrana, i w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu - jako oferty najkorzystniejszej, o czym odwołujący powziął wiadomość z ponownego powiadomienia z dnia 5 kwietnia 2017 r. o wyniku postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Iturri Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie części oferty - wzoru/próbki odzieży ochronnej, która nie podlega wyjaśnieniu lub uzupełnieniu oraz poprzez prowadzenie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą Iturri Poland negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz
2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w toku badania i oceny ofert,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Iturri Poland, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”)
4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Iturri Poland, która powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z SIWZ oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu; a ponadto o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na badaniu i oceny ofert oraz wyborze oferty wykonawcy Iturri Poland jako najkorzystniejszej w część 1,2, 3;
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazania;
  - a) odrzucenia oferty złożonej przez Iturri Poland;

b) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 3; ponadto,

3) o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust.1 Pzp. Uczestnicząc w postępowaniu złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w wyniku dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert została sklasyfikowana jako druga w kolejności pod względem kryterium ceny, a wyłącznie w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zaznaczał, że spośród 4 złożonych ofert, na skutek czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający uznał, iż w postępowaniu złożono dwie ważne i niepodlegające odrzuceniu oferty wykonawców: Iturri Poland (wybrana jako najkorzystniejsza) oraz oferta odwołującego (sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert). W tych okolicznościach zmaterializował się interes odwołującego do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego dotyczących wyboru oferty Iturri Poland, która w ocenie odwołującego winna podlegać odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego byłaby jedyną ważną i niepodlegającą odrzuceniu, a tym samym odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Zamówienie podzielone jest na 3 części. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jednym kryterium oceny ofert jest cena. Oferty złożyło 4 wykonawców.

W dniu 17 lutego 2017 r. zamawiający poinformował o wynikach badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, w następstwie której: 1) Oferta nr 1 - WSI Warszawa sp. z o.o. została odrzucona w zadaniu 1,2 i 3 m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ w zakresie wykonania wzorów odzieży/próbek. Oferta nr 4 - FR Protection Poland Sp. z o.o. - została wybrana jako najkorzystniejsza w części 1, 2 i 3. Oferta nr 3 - Iturri Poland Sp. z o.o. - została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert w części 1, 2 i 3, 4. Oferta nr 2 - odwołującego - została sklasyfikowana na 3 miejscu w rankingu ofert w części 1, 2 i 3.

Dowód: zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 17 lutego 2017 r. (Załącznik nr 6 do odwołania)

W dniu 6 kwietnia 2017 r. odwołujący otrzymał pismo zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2017 r. stanowiące ponowne zawiadomienie o wyniku postępowania, zgodnie z

którym: wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona, z uwagi na fakt, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, tj. nie przedstawił zaświadczenia o niekaralności prokurenta spółki aktualnego na dzień składania ofert tj. 26 października 2016r.

Oferta nr 3 - Iturri Poland Sp. z o.o. - została wybrana jako najkorzystniejsza w części 1, 2 i 3.

Oferta odwołującego - została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert w części 1, 2 i 3, spośród 2 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Dowód: ponowne zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 5 kwietnia 2017 r. (Załącznik nr 7 do odwołania).

I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 14 SIWZ [Elementy składowe oferty] pkt. 14.26 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oferty wraz z kompletem próbek - wzorcowymi egzemplarzami asortymentu (odzieży) objętego ofertą. Próbki odzieży miały spełniać wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ - część Specyfikacja Techniczna (dla części 1,2, 3).

Zgodnie z pkt. 14.26 SIWZ próbki/wzory odzieży miały podlegać ocenie w zakresie zgodności wzoru odzieży z wymaganiami określonymi w SIWZ, przy czym zamawiający wskazał, iż: „Treść oferty, w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST”.

W tym samym punkcie SIWZ zamawiający zaznaczył, iż w przypadku niezgodności oferty próbek - wzorów w zakresie istotnych elementów oferta będzie podlegać odrzuceniu. Jednocześnie podał, iż wyjaśnieniu w zakresie złożonych próbek - wzorów mogą podlegać nieistotne elementy oferty takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny, brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych elementów.

Dowód: wyciąg z SIWZ (Załącznik nr 8 do odwołania)

Jednocześnie w Specyfikacji Technicznej (str. 8) oraz w odpowiedziach na pytania wykonawców (pismo zamawiającego z dnia 7 października 2016 r.) wskazano, iż wzory odzieży załączone do oferty winny być w rozmiarze „L” przy jednoczesnym spełnieniu następujących warunków - wzrost: 176-182 cm, obwód klatki piersiowej: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm.

Dowód: SIWZ - Specyfikacja Techniczna (Załącznik nr 9 do odwołania) pytania i odpowiedzi do SIWZ - pismo z dnia 7 października 2016 r. (Załącznik nr 10 do odwołania)



Pismem z pismem z dnia 28 listopada 2016 r. (znak: L.dz. 4125/2016/GL/LZA/AS) zamawiający wezwał wykonawcę Iturri Poland do:

1) złożenia stosownego oświadczenia w zakresie przeszycia ściągającego w pasie kurtki, a tym samym minimalnych wymiarów pikowania. Zgodnie z zapisami ST pkt. II pkt 3) podpunkt 14) postawiono następujące wymagania: „*podszewka w kolorze czarnym lub granatowym trudnopalna - zasady użytkowania zgodnie z temperaturą prania i kurczliwości tkaniny zasadniczej oraz taśmy odblaskowej. Podeszewka trudnopalna pikowana, wg wzoru diamond lub jego odpowiednika bez przekroczenia wymiarów 15 cm na 15 cm (mierzonych po bokach) z warstwą ociepliny, niedopuszczone jest pikowanie w odległości mniejszej niż 10 cm na 10 cm (mierzone po przekątnej).*” Jednocześnie zamawiający wskazał, iż przeszycie ściągające w kurtce powoduje, iż nie jest spełniony wymóg minimalnych wymiarów pikowania 10 cm na 10 cm mierzonych po przekątnej.

2) złożenia stosownego oświadczenia w zakresie spełniania przez rozmiar „L” wymiarów określonych w SIWZ oraz piśmie zamawiającego z dnia 7 października 2016r. (znak: L. dz. 3514/2016/GL/LZA/AS), zgodnie z którym wzór przedstawiony w przetargu winien być w rozmiarze „L” przy jednoczesnym spełnieniu następujących parametrów-wzrost: 176-182 cm, obwód klatki: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż przedstawione w ofercie wzory na metce posiadają oznaczenie „L” jednak nie spełniają powyższych parametrów (są mniejsze).

W ocenie odwołującego w związku z treścią powyższego wezwania, zamawiający wprost wskazał i przyznał, iż oferta Iturri Poland w zakresie wzorów odzieży jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Dowód: wezwanie z dnia 28 listopada 2016 r. (Załącznik nr 11 do odwołania) SIWZ - Specyfikacja Techniczna (Załącznik nr 9 do odwołania)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Iturri Poland w piśmie z dnia 7 grudnia 2016 r. oświadczył m.in., iż:

1) „d) (...) *przeszycia ściągające w pasie kurtki będą tak wykonane by spełniony był wymóg minimalnych wymiarów pikowania 10 cm x 10 cm (mierzonych po przekątnej) określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej pkt. II pkt 3) podpunkt 14)*”

2) „e) (...) *dostarczany rozmiar L będzie spełniał następujące parametry wskazane przez zamawiającego w Specyfikacji Technicznej - wzrost: 176-182 cm, obwód klatki: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm*”.

Przez powyższe odwołujący uznał, iż wykonawca Iturri Poland przyznał, iż wskazane przez zamawiającego niezgodności w ofercie faktycznie mają miejsce.

Dowód: odpowiedź Iturri z dnia 7 grudnia 2016 r. (Załącznik nr 12 do odwołania)

Odwołujący podnosił, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był zobowiązany do złożenia oferty, w tym próbek - wzorów odzieży spełniającej wymagania techniczne opisane w SIWZ - Specyfikacji Technicznej, co potwierdzają również postanowienia pkt. 14.26 SIWZ oraz Specyfikacji Technicznej (str. 8), zgodnie z którymi „Treść oferty, w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST”, a w przypadku niezgodności oferty próbek - wzorów w zakresie istotnych elementów oferta będzie podlegać odrzuceniu.

Wskazane niezgodności treści oferty (próbki odzieży) z SIWZ w przekonaniu odwołującego mają charakter zasadniczy i nieusuwalny. Elementy próbki/wzoru, na niezgodność których wskazał zamawiający - tj. sposób wykonania podszewki trudnopalnej „z pikowaniem o wymiarach niższych niż 10 cm na 10 cm [podczas gdy zgodnie ze Specyfikacją Techniczną pkt. II pkt 3) podpunkt 14) wymagane: było pikowanie o wymiarach 15 cm na 15 cm oraz wprost wskazano na niedopuszczalność pikowania w odległości mniejszej niż 10 cm na 10 cm (mierzone po przekątnej)], które wpływają na walory użytkowe odzieży oraz przedłożenie przez wykonawcę Iturri wzoru odzieży w rozmiarze, który nie spełnia wymagań określonych w Specyfikacji Technicznej dla rozmiaru „L”, uznał odwołujący za istotne elementy oferty, które nie mogą podlegać wyjaśnieniu lub uzupełnieniu.

Zaznaczał, że elementy wzoru, których dotyczy niezgodność z SIWZ nie zostały również ujęte w pkt. 14.26 SIWZ w katalogu elementów, które zamawiający uznał za nieistotne i podlegające wyjaśnieniu: tj.: logo, suwak, kolor tkaniny, brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni czy brak metek.

Z treści wezwania zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r. oraz odpowiedzi wykonawcy Iturri Poland z dnia 7 grudnia 2016 r. wynika według odwołującego, iż wskazane niezgodności z SIWZ miały miejsce, a okoliczność ta została przyznana zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę Iturri Poland. Podkreślał, iż wszyscy wykonawcy mieli obowiązek złożyć wzory zgodne z wymaganiami SIWZ, tym samym wezwanie wyłącznie do „złożenia oświadczeń”, co do zgodności elementów wzorów wykonawcy Iturri Poland z SIWZ - odwołujący traktował jako nieuprawnione w świetle art. 87 ust. 1 Pzp - negocjacje zamawiającego i wykonawcy Iturri Poland, dotyczące treści złożonej oferty, które miałyby prowadzić do zapewnienia zgodności oferty Iturri Poland z wymaganiami zamawiającego, a złożenie przez wykonawcę Iturri Poland oświadczenia co do zgodności wzorów odzieży z wymaganiami SIWZ na etapie realizacji dostaw należy traktować jako zmianę treści oferty, której element stanowiła próbka - wzór odzieży.

Z powyższych względów, w ocenie odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp; ponieważ stwierdzając niezgodność próbki - wzoru odzieży z wymaganiami SIWZ, które należy uznać za istotne element oferty - winien był odrzucić ofertę wykonawcy Iturri Poland. Jednocześnie odwołujący uznał, że wezwanie z dnia 28 listopada 2016 r. do złożenia oświadczeń, co do zgodności wzoru/oferty z wymaganiami SIWZ było niedopuszczalnym prowadzeniem negocjacji z wykonawcą Iturri Poland - co do treści złożonej oferty, stanowiące naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

W ocenie odwołującego stwierdzona przez zamawiającego niezgodność oferty/próbek odzieży wykonawcy Iturri Poland z wymaganiami SIWZ ma charakter nieusuwalny, a tym samym winna skutkować bezwzględnym odrzuceniem jego oferty, bez możliwości wezwania do uzupełnienia bądź wyjaśnienia treści oferty.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazywał, iż próbki odzieży/wzory asortymentu, zgodnie z pkt. 14.26 SIWZ stanowiły element oferty, a tym samym nie jest możliwe uzupełnienie takiego elementu oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Powołał się na pogląd wyrażony w m.in. w wyroku KIO z dnia 17 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1937/15), zgodnie z którym: *„(...) w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezalączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.”*

Jako wnioskowane dowody odwołujący załączył:

Załącznik nr 6 zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 17 lutego 2017 r.

Załącznik nr 7 ponowne zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Załącznik nr 8 wyciąg z SIWZ

Załącznik nr 9 SIWZ - Specyfikacja Techniczna

Załącznik nr 10 pytania i odpowiedzi do SIWZ - pismo z dnia 7 października 2016 r.

Załącznik nr 11 wezwanie z dnia 28 listopada 2016 r.

Załącznik nr 12 odpowiedź Iturri Poland z dnia 7 grudnia 2016 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby wnosił o oddalenie odwołania, gdyż wzywał wykonawców, w tym przystępującego oraz odwołującego o wyjaśnienia jedynie w zakresie nieistotnych elementów oferty, co potwierdza treść SIWZ-ST - i z tego względu zamawiający był uprawniony do podjęcia czynności wyjaśniających. Wskazywał, że rozmiary pikowania podszewki we wzorze kurtki przedstawionym przez Iturri są zgodne z SIWZ, jedynie na skutek przeszycia ściągającego w pasie, rozmiar pikowania może odbiegać od wyznaczonego, jednakże po rozprostowaniu przeszycia ściągającego,

które jest elementem konstrukcyjnym odzieży okazuje się, iż rozmiary pikowania w tym miejscu również spełniają wymagania SIWZ-ST.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty Iturri Poland Sp. z o.o., korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym Iturri Poland i z odwołującym, z zawiadomienia o wyniku przetargu. Izba dopuściła dowód z akt postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 366/17, o co wnosił zamawiający, gdyż zawierają one część dokumentacji przetargowej.

Izba nie dopuściła dowodów zgłoszonych przez odwołującego: z karty technicznej i informacji producenta zastosowanej ociepliny 3M Thinsulate, że produkty Typu FR powinny być pikowane w formie wzoru diamond, w odległości nie mniejszej niż 10x10 cm i nie większej niż 15,25x15,25 mierzonych po przekątnej, gdyż dowody te niczego nie wnoszą do sprawy, albowiem powyższe wynikało z opisu SIWZ-ST.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnoszą o jego uzupełnienie.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy odzieży ochronnej (trudnopalnej) o nazwie wg Wspólnego Słownika Zamówień: 18130000-9 „Specjalna odzież robocza” dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. z podziałem na następujące zadania:

- 1/ zadanie nr 1 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Białystok, Lublin, Zamość”
- 2/ zadanie nr 2 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Warszawa, Łódź-Miasto, Łódź-Teren”
- 3/ zadanie nr 3 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla Oddziałów: Rzeszów i Skarżysko-Kamienna”.

Ogłoszenie sekcja II.1.8) Informacje o częściach zamówienia

To zamówienie podzielone jest na części: tak Oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części

5.4. Zamówienie podstawowe obejmuje dostawy odzieży ochronnej (trudnopalnej) na potrzeby Oddziałów Zamawiającego w roku 2017 i 2018.

pkt 5.10. SIWZ. Dostawy realizowane przez wykonawcę w danym zadaniu winny być zgodne z wzorami złożonymi wraz z ofertą oraz winny pochodzić od producenta zgodnie ze złożoną ofertą.

Pkt 7.1. SIWZ. Dostawy wyrobów będą realizowane sukcesywnie według potrzeb na podstawie oddzielnych pisemnych zamówień składanych przez poszczególnych zamawiających (...) Zamawiający w składanym zamówieniu określi rodzaj, ilość oraz rozmiar zamawianej odzieży. Wykonawca każdorazowo faxem potwierdza przyjęcie zamówienia.

Pkt 7.2. SIWZ. Zamawiający prześle zapotrzebowanie wraz z rozmiarówką na poczet zamówień cząstkowych do 15 dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc kalendarzowy złożenia zamówienia.

Zgodnie z § 1 wzoru umowy ust. 3 wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia w terminie 3 dni roboczych licząc od daty podpisania umowy metodyki obmiarów pracowników dla określenia rozmiaru odzieży, a zamawiający określi według niej rozmiary zamawianej odzieży.

Ust. 5 Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia wyrobów zgodnie ze złożonym zamówieniem w terminie do 20 dni roboczych licząc od daty złożenia pisemnego zamówienia (...).

W Specyfikacji Technicznej (ST) odzieży roboczej trudnopalnej str. 8 zamawiający podał, że rozmiary logo oraz kieszeni dotyczą próbki - wzoru ubrania w rozmiarze „L”.

Wzrost: 176-182 cm

Obwód klatki piersiowej: 100-104 cm

Obwód pasa: 96-100 cm.

Dopuszcza się w dostawach dla mniejszych rozmiarów niż „L” proporcjonalne zmniejszenie logo oraz kieszeni.

ST rozdział II pkt 3) podpunkt 14) kurtka trudnopalna zimowa - postawiono następujące wymagania: „*podszewka w kolorze czarnym lub granatowym trudnopalna - zasady użytkowania zgodnie z temperaturą prania i kurczliwości tkaniny zasadniczej oraz taśmy odblaskowej. Podeszewka trudnopalna pikowana, wg wzoru diamond lub jego odpowiednika bez przekroczenia wymiarów 15 cm na 15 cm (mierzonych po bokach) z warstwą ociepliny, niedopuszczone jest pikowanie w odległości mniejszej niż 10 cm na 10 cm (mierzonych po przekątnej).*”

W odpowiedziach na pytania wykonawców (pismo zamawiającego z dnia 7 października 2016 r.) wskazano, iż wzór odzieży przedstawiony w przetargu winien być w rozmiarze „L” wzrost: 176-182 cm, obwód klatki piersiowej: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm.

#### Elementy składowe oferty według SIWZ

14.1. Wypełniony i podpisany „Formularz ofertowy” - załącznik nr 2 do SIWZ.

14.3. Zaakceptowany i parafowany przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „Wzór umowy” - załącznik nr 3 do SIWZ.

14.20. Certyfikat wystawiony przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu, tj. na zgodność z normą PN-EN 61482-1-2.

14.23. Wzór deklaracji zgodności na zgodność z normą dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

14.24. Karta katalogowa tkaniny zasadniczej i taśmy odblaskowej lub inny dokument producenta potwierdzający skład tkaniny właściwości i masę powierzchniową dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu. Wyżej wymienione karty winny być potwierdzone przez poszczególnych producentów.

14.25. Kartę katalogową ociepliny producenta (zawierającą, co najmniej następujące dane: skład, gramaturę i charakterystykę techniczną) dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

Zamawiający potwierdził, że nie wymagał karty katalogowej dla podszewki.

14.26. Próbki - wzorcowe egzemplarze asortymentu objętego ofertą zgodne z zapisami Specyfikacji Technicznej (dotyczy zadania/części 1, 2 i 3):

Ubranie letnie trudnopalne - składające się z:

- Kurtki trudnopalnej letniej
- Spodni trudnopalnych letnich

Ubranie zimowe trudnopalne - składające się z:

- Kurtki trudnopalnej zimowej
- Spodni trudnopalnych zimowych

W przypadku składania oferty na zadania 1, 2 i 3, Wykonawca składa wraz z ofertą 1 komplet próbek -wzorów dla asortymentu będącego przedmiotem zamówienia dla w/w zadań.

Zamawiający dopuszcza złożenie próbek - wzorów asortymentu będącego przedmiotem zamówienia z wykonanym logo zgodnie z Identyfikacją Wizualną dla PGE Dystrybucja S.A. (załącznik nr 1 do ST), lub złożenia próbek- wzorów wymaganej odzieży bez logo wraz z dołączonymi próbkami wykonanego logo (duże, małe, średnie) na tkaninie dla danego

asortymentu.

Próbki - wzory będą poddane przez Zamawiającego badaniom w celu potwierdzenia parametrów technicznych zawartych w ST.

Zamawiający oceniając zgodność wyrobu z wymaganiami ST zastrzega sobie prawo do np. rozprucia (uszkodzenia), palenia danych elementów próbek - wzorów będących przedmiotem zamówienia (tj. tkaniny, ociepliny, taśmy odblaskowej) w celu potwierdzenia wymagań zawartych w ST. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie próbek - wzorów.

Zamawiający oceniając zgodność próbek - wzorów z wymaganiami ST w razie wątpliwości zastrzega sobie prawo do korzystania z opinii laboratorium specjalistycznego, np. producenta włókna, tkaniny, nici, ociepliny, taśmy odblaskowej lub akredytowanych laboratoriów, instytutów.

Treść oferty w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST. Elementy w złożonych wraz z ofertą próbkach - wzorach takie jak rodzaj, skład i parametry techniczne tkaniny, ociepliny i taśmy odblaskowej stanowią istotne elementy oferty i nie podlegają wyjaśnieniu i/lub uzupełnieniu.

W przypadku niezgodności oferty próbek - wzorów w zakresie istotnych elementów oferta taka będzie podlegać odrzuceniu.

Wyjaśnieniu oferty w zakresie złożonych próbek - wzorów mogą podlegać nieistotne elementy takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych elementów itp.

Ogłoszenie sekcja IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia Najniższa cena

Ogłoszenie sekcja IV.3.4) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 26.10.2016

Ogłoszenie sekcja IV.3.6) Minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą w dniach: 60 (od ustalonej daty składania ofert)

Powyżej przytoczone postanowienia ogłoszenia o zamówieniu numer 2016/S 177-318866 z 14.09.2016r.) zostały powtórzone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowi specyfikację techniczną (ST) odzieży roboczej (trudnopalnej).

Wymagane dokumenty:

1). Certyfikat wystawiony przez uprawnioną jednostkę dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482- 1-2 klasa I, dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu (należy załączyć wszystkie strony certyfikatu wraz z dokumentami w nim przytoczonymi.)

2) deklaracji zgodności na zgodność z normą dla gotowego ubrania

3) Certyfikat taśmy odblaskowej na zgodność z normą (...)

5) Kartę katalogową tkaniny zasadniczej z włókien NOMEX i taśmy odblaskowej lub inny dokument producenta potwierdzający skład tkaniny właściwości i masę powierzchniową dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu. Wyżej wymienione karty winny być potwierdzone przez poszczególnych producentów.

6) Kartę katalogową ociepliny producenta (zawierającą co najmniej następujące dane: skład, gramaturę i charakterystykę techniczną) dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

W odpowiedzi z dnia 7.10.2016 r. na zapytania do SIWZ nr 1.5 Zamawiający podał, że zgodnie z ST ubranie z tkaniny NOMEX powinno posiadać certyfikat wystawiony przez uprawnioną jednostkę dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482- 1-2 klasa I (...)

W odpowiedzi na pytanie 1.1 zamawiający podtrzymał zapis pkt 14.26 SIWZ o rozróżnieniu nieistotnych części składowych odzieży, niepowodujących odrzucenia oferty.

W odpowiedzi na pytanie 2.1. o wymiary logo i kieszeni, zamawiający podtrzymał, że podane wymiary logo i kieszeni, dotyczą rozmiaru próbki „L”. Wzór przedstawiony w przetargu powinien być w rozmiarze „L”.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, przy czym oferta wykonawcy: WSI Warszawska Sp. z o.o. oraz oferta wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. zostały odrzucone.

Wykonawcy odwołujący oraz przystępujący przedłużyli okres związania ofertą.

Ofertę z najniższą ceną w jedynym wyznaczonym kryterium - na wykonanie wszystkich zadań (części) po odrzuceniu ww. 2 ofert - złożył przystępujący Iturri Poland, drugie miejsce zajęła oferta odwołującego konsorcjum firm PW K. Sp. z o.o. i Odzież robocza Sp. j. D. i Wspólnicy.

Wykonawca Iturri Poland złożył próbki oferowanej odzieży.

Zamawiający poddał próbki odzieży złożone przez wykonawców badaniom przez DuPont International Operations Sari z siedzibą w Genewie, jednostka organizacyjna w Polce dla wykonania analizy mikroskopowej na zawartość włókien NOMEX, której wynik potwierdza odpowiedni do wymagań SIWZ skład tkanin.



Pismem z pismem z dnia 28 listopada 2016 r. (znak: L.dz. 4125/2016/GL/LZA/AS) zamawiający wezwał wykonawcę Iturri Poland na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, między innymi do:

1) złożenia stosownego oświadczenia w zakresie przeszycia ściągającego w pasie kurtki, a tym samym minimalnych wymiarów pikowania. Zgodnie z zapisami ST pkt. II pkt 3) podpunkt 14) postawiono następujące wymagania: „*podszewka w kolorze czarnym lub granatowym trudnopalna - zasady użytkowania zgodnie z temperaturą prania i kurczliwości tkaniny zasadniczej oraz taśmy odblaskowej. Podeszewka trudnopalna pikowana, wg wzoru diamond lub jego odpowiednika bez przekroczenia wymiarów 15 cm na 15 cm (mierzonych po bokach) z warstwą ociepliny, niedopuszczone jest pikowanie w odległości mniejszej niż 10 cm na 10 cm (mierzone po przekątnej).*” Jednocześnie zamawiający wskazał, iż przeszycie ściągające w kurtce powoduje, iż nie jest spełniony wymóg minimalnych wymiarów pikowania 10 cm na 10 cm mierzonych po przekątnej.

2) złożenia stosownego oświadczenia w zakresie spełniania przez rozmiar „L” wymiarów określonych w SIWZ oraz piśmie zamawiającego z dnia 7 października 2016 r. (znak: L. dz. 3514/2016/GL/LZA/AS), zgodnie z którym wzór przedstawiony w przetargu winien być w rozmiarze „L” przy jednoczesnym spełnieniu następujących parametrów: wzrost: 176-182 cm, obwód klatki: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż przedstawione w ofercie wzory na metce posiadają oznaczenie „L” jednak nie spełniają powyższych parametrów (są mniejsze).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Iturri Poland w piśmie z dnia 7 grudnia 2016 r. oświadczył m.in. iż:

1) „*d) (...) przeszycia ściągające w pasie kurtki będą tak wykonane by spełniony był wymóg minimalnych wymiarów pikowania 10 cm x 10 cm (mierzonych po przekątnej) określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej pkt. II pkt 3) podpunkt 14)*”

2) „*e) (...) dostarczany rozmiar L będzie spełniał następujące parametry wskazane przez zamawiającego w Specyfikacji Technicznej - wzrost: 176-182 cm, obwód klatki: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm*”.

Tak samo zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2016 r. wzywał odwołującego konsorcjum 1) PW K. Sp. z o.o., 2) Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy do złożenia oświadczeń dotyczących wysokości stójki we wzorze kurtki oraz w zakresie wymiarów logo. W dniu 7 grudnia 2026 r. odwołujący złożył oświadczenie, że wysokości stójki w produkcie finalnym, tj. w kurtce oraz w zakresie wymiarów logo, będzie zgodna z wymaganiami zamawiającego zawartymi w ST.

Po wykluczeniu pierwotnie wybranego wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. i odrzuceniu jego oferty, najkorzystniejszą według wyznaczonych kryteriów była oferta Iturri Poland Sp. z o.o.

W dniu 5 kwietnia 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Iturri Poland Sp. z o.o. na wszystkie 3 zadania, na które wykonawca ten złożył oferty.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Iturri Poland Sp. z o.o. - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Ad. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Iturri Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie części oferty - wzoru/próbki odzieży ochronnej, która nie podlega wyjaśnieniu lub uzupełnieniu oraz poprzez prowadzenie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą Iturri Poland negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Zamawiający wskazał w SIWZ przedmiotowo istotne elementy treści oferty, pisząc że: *„Treść oferty w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST. Elementy w złożonych wraz z ofertą próbkach - wzorach takie jak rodzaj, skład i parametry techniczne tkaniny, ociepliny i taśmy odblaskowej stanowią istotne elementy oferty i nie podlegają wyjaśnieniu i/lub uzupełnieniu. W przypadku niezgodności oferty próbek -wzorów w zakresie istotnych elementów oferta taka będzie podlegać odrzuceniu.*

*Wyjaśnieniu oferty w zakresie złożonych próbek - wzorów mogą podlegać nieistotne elementy takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych elementów itp.”*

Odwołujący wybiórczo zacytował powyższe dyspozycje SIWZ, żądając odrzucenia oferty skarżonego konkurenta z uwagi na wymiary pikowania podszewki i niedokładności rozmiarowe próbki oznaczonej jako rozmiar „L”.

W ocenie Izby, zamawiający zgodnie z ww. przytaczanymi postanowieniami SIWZ wezwał wykonawcę Iturri Poland do wyjaśnień, gdyż wyjaśnieniu oferty w zakresie złożonych próbek - wzorów mogły podlegać nieistotne elementy takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych

*elementów itp.* Zdaniem Izby wyliczenie powyższe miało charakter przykładowy i obejmowało wymiary pikowania podszewki i niedokładności rozmiarowe próbki oznaczonej jako rozmiar „L” - podawany w celu dostosowania wymiarów logo oraz kieszeni.

Zgodnie z zapowiedzią w SIWZ, na wezwanie zamawiającego zostały wyjaśnione przez wykonawcę Iturri Poland w piśmie z dnia 7 grudnia 2016 r. kwestionowane elementy próbki, gdyż złożył on oświadczenie, m.in. iż:

1) „d) (...) przeszycia ściągające w pasie kurtki będą tak wykonane by spełniony był wymóg minimalnych wymiarów pikowania 10 cm x 10 cm (mierzonych po przekątnej) określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej pkt. II pkt 3) podpunkt 14)”

2) „e) (...) dostarczany rozmiar „L” będzie spełniał następujące parametry wskazane przez zamawiającego w Specyfikacji Technicznej - wzrost: 176-182 cm, obwód klatki: 100-104 cm, obwód pasa: 96-100 cm”.

Taki sposób postępowania został wyznaczony przez zamawiającego w SIWZ. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane i na etapie oceny ofert mają charakter wiążący. Zamawiający był władny wyznaczyć w SIWZ zakres wymagań odnośnie próbki, co do których mógł żądać wyjaśnień i uzupełnień, co nie prowadziło do zmiany treści oferty ani do niedozwolonych negocjacji, po terminie składania ofert - czego zabrania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ogólności § 13 ust.1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz.1126), wymienia próbkę, jako środek dowodowy na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają stawianym w SIWZ wymaganiom, który co do zasady podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Treść oferty kreuje natomiast samo zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - jednakowo traktował wykonawców i zgodnie z zapowiedzianą procedurą - umożliwił im składanie wyjaśnień i oświadczeń w odniesieniu do nieistotnych elementów złożonych próbek, co potwierdzają dowody w sprawie Sygn. akt: KIO 366/17 - dokumenty uzupełnione przez wykonawcę FR Protection Poland Sp. z o.o., a także wyjaśnienia złożone przez odwołującego w odniesieniu do własnej oferty w zakresie wysokości stójki w kurtce i rozmiarów logo. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Iturri Poland Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego - w odniesieniu do oferty przystępującego Iturri Poland z uwzględnieniem udzielonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień - że oferowane dostawy nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego, i że zachodziły przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty złożonej przez Iturri Poland Sp. z o.o. jako nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ.

Próbki - wzory odzieży były poddane przez zamawiającego odrębnym badaniom w celu potwierdzenia istotnych parametrów technicznych zawartych w ST.

Zamawiający oceniając zgodność próbek - wzorów z wymaganiami ST w razie wątpliwości zastrzegł sobie prawo do korzystania z opinii laboratorium specjalistycznego, np. producenta włókna, tkaniny, nici, ociepliny, taśmy odblaskowej lub akredytowanych laboratoriów, instytutów i poddał próbki odzieży takim badaniom przez laboratorium DuPont International Operations Sari z siedzibą w Genewie, jednostka organizacyjna w Polsce dla wykonania analizy mikroskopowej na zawartość włókien NOMEX, której wynik potwierdził odpowiedni do wymagań SIWZ skład tkanin.

Zamawiający zweryfikował elementy w złożonych wraz z ofertą próbkach przystępującego Iturri Poland - takich jak: rodzaj, skład i parametry techniczne tkaniny, ociepliny i taśmy odblaskowej, stanowiących istotne elementy oferty i nie podlegających wyjaśnieniu i/lub uzupełnieniu - w oparciu o złożone przez przystępującego certyfikaty i wyniki zleconych przez zamawiającego badań niezależnego laboratorium.

Zarzuty odwołującego nie odnoszą się do niezgodności oferty konkurenta - próbek - wzorów w zakresie istotnych elementów, w przypadku zaistnienia których oferta miała podlegać odrzuceniu.

Wyniki badań certyfikacyjnych oferowanej odzieży i innych, stwierdzające zgodność deklarowanych w ofertach właściwości odzieży z opisem Specyfikacji Technicznej - zdaniem Izby, zamykają temat zgodności treści oferty przystępującego Iturri Poland Sp. z o.o. z treścią SIWZ.

Zamawiający okazał na rozprawie wzór kurtki przystępującego, w którym rozmiary pikowania podszewki są zgodne z SIWZ, a jedynie na skutek przeszycia ściągającego w pasie - wizualnie rozmiar pikowania może odbiegać od wyznaczonego, jednakże po rozprostowaniu przeszycia ściągającego, które jest elementem konstrukcyjnym odzieży okazało się, iż rozmiary pikowania w tym miejscu, również spełniają wymagania SIWZ - ST.

Nie można było pominąć, że pkt 7.1. SIWZ wskazuje „*Dostawy wyrobów będą realizowane sukcesywnie według potrzeb na podstawie oddzielnych pisemnych zamówień składanych przez poszczególnych zamawiających (...) Zamawiający w składanym zamówieniu określi rodzaj, ilość oraz rozmiar zamawianej odzieży. Wykonawca każdorazowo*

*faxem potwierdza przyjęcie zamówienia. Pkt 7.2. SIWZ. Zamawiający prześle zapotrzebowanie wraz z rozmiarówką na poczet zamówień cząstkowych do 15 dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc kalendarzowy złożenia zamówienia. Zgodnie z § 1 wzoru umowy ust. 3 wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia w terminie 3 dni roboczych licząc od daty podpisania umowy metodyki obmiarów pracowników dla określenia rozmiaru odzieży a zamawiający określi według niej rozmiary zamawianej odzieży.”*

Z powyższego wynika, że zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert zadeklarowania przez wykonawców ilości dostarczanej odzieży - z podziałem na poszczególne rozmiary, ani nie określił tych rozmiarów. Wykonawca zobowiązał się do dostarczenia w terminie 3 dni roboczych licząc od daty podpisania umowy metodyki obmiarów pracowników dla określenia rozmiaru odzieży a zamawiający określi według niej rozmiary zamawianej odzieży na etapie realizacji umowy. Wyjaśnione przez przystępującego odstępstwa rozmiarowe dostarczonej próbki - nie mogły skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy z tej przyczyny.

Wykonawca Iturri Poland zobowiązał się do dostarczenia wyrobów zgodnie ze złożonym zamówieniem w terminie do 20 dni roboczych licząc od daty złożenia pisemnego zamówienia podającego rozmiary odzieży (...).

Odwołujący nie uwzględnił, że wykonawca Iturri Poland Sp. z o.o. wyjaśnił jedynie wątpliwości w odniesieniu do zaoferowanych dostaw, o które został wezwany przez zamawiającego. W oparciu o ustalony materiał dowodowy, wyjaśnienia te Izba uznała za odpowiadające wskazaniom ustawy Pzp oraz SIWZ. Zamawiający był zobligowany badać treść złożonych ofert w sposób zapowiedziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie przeprowadzał badanie ofert jednakowo, według ustalonych w SIWZ warunków, gdyż czynności zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w danym postępowaniu przetargowym. Wybór oferty wykonawcy Iturri Poland został dokonany prawidłowo, gdyż wyjaśnieniom podlegały nieistotne elementy oferty wykonawcy Itturri i zamawiający był uprawniony do podjęcia czynności wyjaśniających.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

W związku z powyższym bezzasadne były zarzuty następczego naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, a w konsekwencji niezasadne były zarzuty naruszenia postanowień art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący: .....**

**Członkowie:.....**

.....