

Sygn. akt KIO 92/16

WYROK
z dnia 4 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 stycznia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P., ul. Pryzmaty 15, 02-226 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dra K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. Olga Perlińska, ul. Pryzmaty 15, 02-226 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P., ul. Pryzmaty 15, 02-226 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478, 605 i 1777) 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. dra K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa profesjonalnych środków czystościowych«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **18.12.2016 r.** pod nrem **347392-2015**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478, 605 i 1777**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.01.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Kolejowa 3, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P., ul. Pryzmaty 15, 02-226 Warszawa**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – po 200 praniach ścierka strzępi się na brzegach.**

Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P., ul. Pryzmaty 15, 02-226 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **25.01.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 5** na odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust 1, art. 25 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp** przez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty **odwołującego** w zakresie zadania nr 5.

W zakresie zadania nr 5 **odwołujący** wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty H. K. jako najkorzystniejszej;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie nakazania **zamawiającemu** wyboru oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej.

Argumentacja **odwołującego**

W przedmiotowym postępowaniu treść oferty i sposób jej przygotowania zostały określone w **części V SIWZ** „Opis sposobu przygotowania ofert”. Zgodnie z tym, **zamawiający** wymagał w zakresie tzw. dokumentów przedmiotowych, aby:

„2. Do formularza „Oferty Wykonawcy” dołączyć dokumenty wymagane od wykonawców stosownie do pkt III.B-D [dokumenty podmiotowe – przyp. odwołującego] specyfikacji a także:

- 1) kosztorys ofertowy wyrażony w PLN wskazujący co najmniej na:
 - a) nazwę przedmiotu zamówienia, a także producenta wyrobu oraz (jeżeli jest wprowadzone) nazwę własną (handlową) i numer katalogowy,
 - b) wielkość zamówienia – wyrażoną w sztukach lub pełnych opakowaniach o wskazanej przez Wykonawcę w kosztorysie wielkości (zabezpieczających co najmniej zapotrzebowanie Szpitala),
 - c) cena jednostkowa netto sztuki / opakowania,
 - d) stawka podatku VAT,
 - e) wartość netto i brutto poszczególnych pozycji oraz oferty ogółem w zadaniu;
- 2) dotyczy wyłącznie zadania nr 1-3: oświadczenie, iż oferowane produkty posiadają właściwe im atesty i/lub zgłoszenia i są dopuszczone do obrotu i stosowania w Polsce, oraz, iż na żądanie Zamawiającego zostaną przedstawione kopie tych dokumentów;
- 3) ulotki informacyjne, foldery lub strony katalogowe produktów stanowiących przedmiot zamówienia w zadaniu nr 1-6 – nie zawierające informacji sprzecznych niż wymagane przez Zamawiającego (wymóg nie dotyczy butelek, pompek, dozowników, kart, pasków testowych, koszy, stojaków);
- 4) oświadczenie, iż proponowany asortyment spełnia cechy wymagane przez Zamawiającego podane w odpowiednich załącznikach do SIWZ;
- 5) dotyczy wyłącznie zadania nr 1 – oświadczenie producenta preparatu z pozycji nr 1, iż produkt ten jest kompatybilny z systemem TASK OMNI”.

Analogiczną treść zawierało ogłoszenie o zamówieniu w sekcji III.6 „Inne dokumenty”.

Oferta **odwołującego** spełniała wszystkie wymagania **zamawiającego** określone w **SIWZ**, tak pod względem zakresu zobowiązania odnośnie parametrów technicznych oferowanego produktu, jak również pod względem sposobu ich opisanie i przedstawienia. **Odwołujący** złożył wszystkie wymagane przez **SIWZ** dokumenty, a w ich treści zaoferował produkt odpowiadający wymaganiom **zamawiającego**. **Odwołujący** nie był wzywany przez **zamawiającego** do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów i oświadczeń na

podstawie **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp**, jak również do złożenia wyjaśnień odnośnie jej treści na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, pismem z **11.01.2016 r.** (znak pisma: EDZ/19/16), zwrócił się do **odwołującego** z prośbą o przesłanie próbek w postaci 2 sztuk asortymentu zaproponowanego w zakresie **zadania nr 5**. Jako podstawę tego wezwania **zamawiający** wskazał **części X ust. 2 SIWZ**, w której **zamawiający** zastrzegł, że w przypadku wątpliwości przy badaniu i ocenie ofert może wezwać wykonawców do złożenia próbek oferowanego przedmiotu.

Następnie, w dniu **20.01.2016 r.** **zamawiający** przesłał **odwołującemu** informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu (znak pisma: EDZ/42/16). Zgodnie z treścią przekazanej informacji, w zakresie **zadania nr 5** pn. „Ścierki do czyszczenia powierzchni” oferta **odwołującego** została odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, gdyż jej treść – w ocenie **zamawiającego** – nie odpowiadała treści **SIWZ** w zakresie zaproponowanego przedmiotu zamówienia w zakresie parametru 5 wymaganego w **załączniku nr 5 do SIWZ** tj. gwarantowanej wytrzymałości, bez zmiany właściwości materiału, po co najmniej 200 cyklach prania przeprowadzonych w profesjonalnej pralnicy, w temperaturze między 80-95°C. Jako uzasadnienie takiej decyzji **zamawiający** wskazał wynik przeprowadzonej próby prania, w wyniku której stwierdzono postrzępienia brzegów zaproponowanego w ofercie produktu.

W ocenie **odwołującego**, opisana powyżej czynność tj. odrzucenie oferty, została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż **zamawiający** nie miał prawa uznać, że oferta nie spełnia wymagań **SIWZ** na podstawie wskazanej w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. **Zamawiający** nie mógł uznać, że oferta nie spełnia wymagań **SIWZ** na podstawie dokumentów niewymaganych w toku postępowania oraz nie stanowiących treści oferty. **Zamawiający** chcąc oceniać parametry, cechy techniczne oferowanych przez wykonawców zamówień ma możliwość ich zweryfikowania na podstawie żądanych wcześniej specyfikacją dokumentów.

Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów jakimi będzie kierował się **zamawiający** przy ocenie złożonych ofert (wyrok KIO z 22 października 2010 r. sygn. **KIO 2196/10**). Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak **zamawiający** będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy ocenie i jakie dokumenty potwierdzające postawione przez **zamawiającego** wymagania należy złożyć wraz z ofertą, a konsekwencje ewentualnych niejasności w tym zakresie nie mogą powodować negatywnych skutków w odniesieniu do **wykonawców**.

Zgodnie z **art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp**, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez **zamawiającego**, **zamawiający** wskazuje w **ogłoszeniu** o zamówieniu, **specyfikacji** istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli zatem **zamawiający** chciał w oceniać oferty wykonawców przy wykorzystaniu badania próbek produktów, winien wymagać ich załączenia do oferty wyraźnie zakomunikować w SIWZ. Należy bowiem podkreślić, iż zgodnie z treścią **§ 6 ust 1 pkt 1 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), próbka stanowi jeden z rodzajów dokumentów, których może wymagać **zamawiający**.

W przedmiotowym postępowaniu katalog dokumentów wymaganych przez **zamawiającego** i składających się na treść ofert, a zatem podlegających ocenie i badaniu został określony w **części V SIWZ**. Te zostały przez **odwołującego** złożone i **zamawiający** nie zgłaszał w odniesieniu do nich żadnych zastrzeżeń. Należy zatem stwierdzić, że jeśli **zamawiający** nie wymagał złożenia próbek wraz z ofertą, to w konsekwencji nie powinien oceniać złożonej przez **odwołującego** oferty na podstawie dokumentów nie wymaganych obligatoryjnie treścią **SIWZ**, a tym bardziej dokonywać czynności odrzucenia w oparciu o ocenę dokumentu, który nie stanowił treści oferty.

W ocenie **odwołującego** o zamkniętym charakterze katalogu dokumentów obligatoryjnie wymaganych przez **zamawiającego** w toku postępowania świadczy również fakt, że **zamawiający** wskazuje w końcowym fragmencie **części V SIWZ**, że jedynie w odniesieniu do dokumentów wymienionych w tej części uruchamiana będzie procedura opisana w **art. 26 ust 3 Pzp**.

W ocenie **odwołującego** bez znaczenia dla przedstawionej powyżej argumentacji pozostaje postanowienie **części X.2 SIWZ**. Po pierwsze, jak wskazano powyżej próbka stanowi jeden z dokumentów, których – zgodnie z **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** – **zamawiający** może wymagać, jeśli uzna, że jest to niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Kwestia jaki charakter ma próbka oraz kwestia konieczności jej przedłożenia, nie powinna pozostawać w kwestii oceny **zamawiającego**, lecz być wyraźnie i jednoznacznie określona w **SIWZ**, a w wypadku wątpliwości – nie mogą być w związku z powyższymi wątpliwościami wyciągane negatywne konsekwencje wobec **Wykonawcy** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 marca 2015 r., **KIO 506/15**). Ponadto w swoim orzecznictwie Izba podkreśla, że w przypadku wymagania złożenia próbek (z czym w przedmiotowej sprawie nie mieliśmy do czynienia) ocena zgodności złożonych próbek z wymogami **SIWZ** musi opierać się na czynnikach obiektywnych wynikających wprost z treści specyfikacji, a nie na subiektywnym odczuciu **zamawiającego** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2012 r., **KIO 95/12**), zaś sposób badania złożonej próbki winien być szczegółowo i

precyzyjnie opisany w **SIWZ** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lipca 2014 r., **KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14**).

W badanym przypadku prawo wezwania do przedłożenia dodatkowego dokumentu w postaci próbki, jak również decyzja od których **Wykonawców** ten rodzaj dokumentu będzie wymagany, została pozostawiona arbitralnej decyzji **zamawiającego**. W żaden sposób nie zostało również w **SIWZ**, nawet w przybliżony sposób określone, w jaki sposób będzie przebiegała ocena przedłożonych próbek. Niezależnie zatem od podnoszonej wcześniej argumentacji, wskazującej na konieczność pominięcia w toku badania i oceny ofert próbki przedłożonej na skutek arbitralnej decyzji **zamawiającego**, należy stwierdzić, że akceptacja powyższych działań **zamawiającego** prowadzi do możliwości nierównego traktowania poszczególnych wykonawców w toku postępowania, gdyż dopuszcza możliwość wymagania – na mocy takiej arbitralnej decyzji – przedstawienia przez niektórych **wykonawców** dokumentów, niewymaganych od innych wykonawców oraz oceny złożonych ofert według różnych kryteriów. To zaś stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wyrażonej w **art. 7 ust. 1 Pzp**.

W ocenie **odwołującego**, dokonana przez **zamawiającego** czynność odrzucenia oferty została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy, gdyż została dokonana na podstawie oceny elementu, który wykracza poza zobowiązanie **odwołującego** zawarte w ofercie. Treść oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy złożone **zamawiającemu**, w którym **wykonawca** wyraża chęć zawarcia umowy na realizację ściśle określonego w **SIWZ** świadczenia i na określonych w **SIWZ** zasadach. Zmiana treści tego oświadczenia, z wyjątkiem przypadków określonych w **art. 87 ust. 1a i 2 Pzp**, jest po złożeniu oferty niedopuszczalne.

Tymczasem **zamawiający** – na skutek wezwania do przedłożenia niewymaganej w **SIWZ** próbki, a następnie przeprowadzając jej ocenę jako części oferty – dokonał *de facto* zmiany treści oświadczenia woli **odwołującego** wyrażonego w złożonej ofercie przez wprowadzenie do niej elementu, który nie był objęty oświadczeniem woli złożonym przez **odwołującego**. Tym samym należy uznać, że działanie **zamawiającego** stanowiło naruszenie **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**, gdyż spowodowało niedopuszczalną na tym etapie zmianę oferty. W konsekwencji zaś, należy bezsprzecznie uznać, że czynność odrzucenia oferty została dokonana z naruszeniem **art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, gdyż ocenie nie została poddana oferta w brzmieniu i formie złożonej przez **odwołującego**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 25.01.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **25.01.2016** r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – **Krajowa Izba Odwoławcza** ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust 1, art. 25 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp** – przez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty **odwołującego** w zakresie zadania nr 5 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** ustanowił w **części X ust. 2 zdanie piąte i zdanie dziewiąte SIWZ** możliwość zażądania próbek od wykonawców i zamawiający oznajmił, że próbki te będą podlegać testom. Ze względu na brak scharakteryzowania tych testów należało przyjąć, że będą to badania wytrzymałości określone w **zał. nr 5 do SIWZ**. Wszelkie inne testy mogłyby być uznane za przeprowadzone bezpodstawnie, ale o czymś takim **odwołujący** nie sygnalizował. Również **zamawiający** miał prawo do żądania odpowiednich próbek na podstawie **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** i to uczynił, chociaż nie w standardowy sposób. **Art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie [...] przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o

zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

Zamawiający zwrócił się o dostarczenie tych próbek po upływie terminu składania ofert, co **zamawiający** sygnalizował wcześniej w przytoczonym postanowieniu **części X ust. 2 zdanie piąte SIWZ**.

Odwolujący nie wykazał jakiemu przepisowi uchybił **zamawiający** przez żądanie dostarczenia próbek po upływie terminu składania ofert. Na marginesie **Izba** zaznacza, że to żądanie dostarczenia próbek zostało wystosowane do **obu wykonawców** zainteresowanych uzyskaniem zamówienia w części 5 zamówienia. Obaj **wykonawcy** spełnili to żądanie i próbki **obu wykonawców** zostały poddane testom.

Izba stwierdza, że **zamawiający** żądając próbek i przeprowadzając na nich testy nie wprowadziła do ofert nowych elementów, gdyż o takich swoich działaniach powiadomił uczestników postępowania zamówieniowego w specyfikacji przed terminem składania ofert (**części X ust. 2 zdanie piąte i zdanie dziewiąte SIWZ**). Nie jest rozszerzeniem oferty żądanie złożenia próbek i ich badanie, bo było to wcześniej przewidziane w **specyfikacji**.

Izba stwierdza również, że test przeprowadzony przez **zamawiającego** na próbkach nie odbiegał od warunków, w których **zamawiający** zamierzał użytkować przedmiot zamówienia – test polegał na wielokrotnym praniu próbek, co również było bezsporne. Jak wynika z oceny ściereczek kolorowych sporządzonej przez **zamawiającego 18.01.2016 r.** (znak pisma EDG 320-1/16) cyt. »Już po 3 cyklu prania ścierka firmy P.W.C.E.G. postrzępiła się na obszyciach, a z jednego brzegu obrębiony fragment oddzielił się od materiału ścierki. Zauważono również zmianę wymiarów ścierki (Skurczyła się o ponad 1 cm z każdego wymiaru)«. Zgodnie z **pkt 5 zał. nr 5 do specyfikacji** »gwarantowana wytrzymałość bez zmiany właściwości materiału, po co najmniej 200 cyklach prania [...]«. **Zamawiający** odstąpił od testu już po 3 cyklu prania, gdyż już w tym momencie próbki nie spełniały wymagań **zamawiającego**. Zdaniem **Izby** wymaga zauważenia, że **zamawiający** badając oferty musi posługiwać się wiedzą uzyskaną nie tylko z ofert, ale całą swoją wiedzą.

Odwolujący podniósł, że zbyt szczegółowe informacji dotyczące ściereczek spowodowały, że **zamawiający** zażądał próbek do testowania, jednak ten czynnik nie miał wpływu na wynik postępowania, tym bardziej, że **odwołujący** nie wskazał naruszenia tą czynnością jakichkolwiek przepisów ustawy. Jednak **Izba** stwierdza, że w swoich działaniach **zamawiający** nie powoływał się na konkretne przepisy ustawy czy rozporządzeń ani nie odnosił się do postanowień **specyfikacji**. Jednak **odwołujący** nie wykazał, że takim działaniem **zamawiający** naruszył jakiegokolwiek przepisy.

Z wyżej przytoczonych powodów w ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust 1, art. 25 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp** – przez niezgodne z

prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty **odwołującego** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: