Sygn. akt: KIO 2088/18

WYROK
z dnia 29 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe MARGO M. L. – S., ul. Zygmunta Krasińskiego 97, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazowe S.A, ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy ul. Krakowska 25, 25-036 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **- Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe MARGO M. L. – S., ul. Zygmunta Krasińskiego 97, 87-100 Toruń** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe MARGO M. L. – S., ul. Zygmunta Krasińskiego 97, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986) 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:.....

Sygn. akt KIO 2088/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazowe S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa odzieży ochronnej dla pracowników PGNIG SA na okres od dnia 01.01.2019 r. do dnia 31.12.2020”.* Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.05.2018 r. pod numerem 2018/S 091-207452, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy
z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 1 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe MARGO M. L. – S., ul. Zygmunta Krasińskiego 97, 87-100 Toruń (dalej również jako Odwołujący) o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 4 oraz o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ.

Od tej czynności, w dniu 11.10.2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w stosunku do odwołującej, w sytuacji gdy treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co
w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty odwołującej i wyborem wykonawcy - Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy z siedzibą w Kielcach.

W oparciu o powyższy zarzut, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący podnosi, że odrzucenie jego oferty nie ma podstaw faktycznych i prawnych, bowiem treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co czyni możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nieaktualną. Dalej wskazuje, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty nie odpowiada stanowi faktycznemu, ponieważ zaoferowana koszulka SLIM jest wyposażona w taśmę wzmacniającą na ramionach.

Na potwierdzenie powyższego twierdzenia składa pismo producenta koszulki Promostars - marki LPP S.A. z dnia 2 października 2018 r., w którego treści wskazano, że koszulka posiada dwa rodzaje taśmy wzmacniającej. Jeden na karku dobrze widoczny oraz drugi stanowiący taśmę wzmacniającą na ramionach, która jest umieszczona w szwach ramieniowych.

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywodzi, że odrzucenie jego oferty jest całkowicie bezzasadne, z uwagi na spełnienie przez nią wymogu opisanego w postanowieniu pkt 2 e) Załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ w części 4 zamówienia - wyposażenie osobiste –pkt 2 - koszulka z krótkim rękawem (T-shirt).

Dodatkowo podnosi, że Zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie wzywał odwołującej do uzupełnienia oferty, w związku z czym podnoszenie zarzutu niezgodności oferty z SIWZ (w ocenie Odwołującego - niezasadnego) na etapie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty budzi uzasadnione wątpliwości.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 25.10.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy ul. Krakowska 25, 25-036 Kielce (dalej jako Przystępujący).
Zamawiający w toku posiedzenia przez Izbą złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem oraz odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa odzieży ochronnej dla Pracowników PGNiG S.A. na okres od dnia 1.01.2019 r. do dnia 31.12.2020 r. Postępowanie zostało podzielone na 5 części, odwołanie dotyczy części 4.

W pkt 12.6.7 SIWZ zawarto wymógł przedłożenia wraz z ofertą próbek oferowanych produktów.

W pkt 15.1 SIWZ wskazano, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie „Jakość", której ocena zostanie dokonana na podstawie próbek złożonych przez wykonawców.

Zamawiający opis techniczny zamawianego asortymentu zawarł w Załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia. W zakresie części 4 –„Wyposażenie osobiste", wymogi zamawianej koszulki przedstawiono w pkt 4.II „Koszulka z krótkim rękawkiem (T-shirt)".
W pkt 4.II lit. e zawarto wymóg „taśma wzmacniająca na ramionach".

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe MARGO M. L. – S., ul. Zygmunta Krasińskiego 97, 87-100 Toruń w ofercie na część 4 zamówienia
w zakresie asortymentu „Koszula z krótkim rękawem (t-shirt)" zaoferował koszulkę oznaczoną jako „Promostars – Slim".

Zamawiający pismem z dnia 1.10.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 4 zamówienia – Wyposażenie osobiste. W piśmie tym poinformowano również o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazano, że zgodnie z SIWZ wymagano koszulki z taśmą wzmacniającą na ramionach, wykonawca zaoferował w tym zakresie koszulkę Slim. Zamawiający w wyniku badania dostarczonej z ofertą koszulki stwierdził, że brakuje wyposażenia koszulki w taśmę wzmacniającą na ramionach, posiada taśmę wzmacniającą jedynie na karku, wobec czego jest niezgodna z SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż odpowiada ona treści SIWZ. Odwołujący podniósł także, że w toku postępowania nie był wzywany do uzupełnienia oferty, wobec czego uznanie oferty za niezgodną z SIWZ
i w konsekwencji jej odrzucenie budzi wątpliwości. Odwołujący podnosił, że zaoferowane przez niego koszulki „Promostars SLIM" posiadają taśmę wzmacniającą na ramionach, na potwierdzenie tej okoliczności przedłożył pisma producenta z dni 2.10.2018 r. i 18.10.2018 r. W pismach tych producent wyjaśnia, że koszulki SLIM indeks 21600 posiadają dwa rodzaje taśmy wzmacniającej. Jeden umieszczony karku, dobrze widoczny, drugi zaś – to taśma wzmacniająca na ramionach, umieszczona w szwach ramieniowych. Wskazał, że taśma wzmacnia ramiona koszulki, zapobiega rozciąganiu oraz pomaga utrzymać ich założoną długość.

W ocenie Izby wskazane zarzuty nie potwierdziły się. Okoliczności sprawy, w tym przeprowadzony w toku rozprawy dowód z oględzin zaoferowanych koszulek, pozwalają na stwierdzenie, że zaoferowany przez Odwołującego asortyment nie spełnia wymogów SIWZ. Izba nie podzieliła wyrażonego w toku rozprawy stanowiska Odwołującego, że z racji lakonicznego opisu parametru – „taśma wzmacniająca na ramionach", Zamawiający nie był uprawniony do badania jego spełnienia i uznania, że wskazywana przez producenta
i Odwołującego taśma nie spełnia wymogu SIWZ. Należy bowiem zważyć, że wymóg „taśma wzmacniająca na ramionach" sam w sobie zawiera co najmniej trzy cechy, które mogą podlegać weryfikacji. Oferowana koszulka musi bowiem posiadać taśmę (1) wzmacniającą (2) na ramionach (3). Brak w zakresie którejkolwiek z powołanych cech, powoduje, że nie można uznać, że oferowany produkt odpowiada SIWZ. Odwołujący wykazał, że oferowane koszulki posiadają w szwie na ramionach taśmę. Jednakże należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie można tej taśmie przypisać cechy „wzmacniania". Należy przy tym mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest odzież robocza, która powinna cechować się zwiększoną wytrzymałością – i niewątpliwie taka była intencja Zamawiającego przy formułowaniu w SIWZ wymogu posiadania przez koszulki taśmy wzmacniającej. Już pobieżne oględziny koszulki pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że taśma umieszczona na karku koszulki posiada zupełnie inne cechy niż taśma wszyta w szew na ramionach. Ustalenie takie koresponduje
z przedstawionymi przez Zamawiającego informacjami ze strony internetowej producenta, zgodnie z którymi koszulka SLIM o indeksie 21600 posiada taśmę wzmacniającą na karku. Producent na stronie internetowej nie wskazuje na istnienie taśmy wzmacniającej na ramionach, chociaż czyni to w odniesieniu do innych modeli koszulek. W tym miejscu należy zaznaczyć, że Odwołujący, pomimo kwestionowania wartości dowodowej wydruków ze strony producenta, nie podważał ich wiarygodności ani pochodzenia. Dalej, dokonane oględziny koszulki złożonej wraz z ofertą pozwoliły na stwierdzenie, że rzeczony element wykonany jest z materiału tożsamego (bądź o cechach niemalże tożsamych) z materiałem całej koszulki, nie wykazuje zwiększonej trwałości i nie nadaje jej koszulce. Porównanie omawianego elementu
z taśmą umieszczoną na karku nie pozwala uznanie, że obie taśmy posiadają chociażby zbliżone właściwości. Należy przyznać rację Odwołującemu, że taśma na karku i na ramionach nie musi być tożsama, a Zamawiający nie sprecyzował wymogów cech taśmy wzmacniającej na ramionach. Jednakże w ocenie Izby nie można uznać, że taśma umieszczona w szwach naramiennych stanowi taśmę wzmacniającą, ze względu na brak właśnie cechy wzmacniania koszulki. Nadto zasady doświadczenia życiowego wskazują, że producent danego wyrobu, umieszczając na stronie internetowej informacje o swoim produkcie wymienia wszystkie jego pozytywne cechy, mogące zachęcić do zakupu
i zapłacenia wyższej ceny niż za produkt cech takich pozbawionych. Dlatego nie jest racjonalnym przyjęcie, że producent poinformował o taśmie wzmacniającej w jednym miejscu, a pominął taką informację odnośnie taśmy na ramionach – w szczególności, iż o obecności takiej taśmy informuje w odniesieniu do innych koszulek.
Wzięcie pod uwagę powyższych okoliczności prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zaoferowana koszulka Promostars SLIM 21600 nie posiada taśm wzmacniających na ramionach zgodnie z rzeczonym wymogiem SIWZ. Na ustalenia Izby nie wpływają przedłożone pisma producenta rzeczonych koszulek. W pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę na niezgodność oświadczeń producenta z informacjami zawartymi na jego stronie internetowej. Wymaga również odnotowania, że oba pisma powstały już po odrzuceniu oferty Odwołującego, a zatem zostały stworzone dla potrzeb postępowania odwoławczego. Jednocześnie Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów korespondujących z ww. oświadczeniami ani też pozwalających na stwierdzenie, że weryfikował spełnianie omawianego wymogu przed złożeniem oferty. W toku rozprawy wyjaśnił, że skierował do producenta zapytanie ofertowe, podając wymogi SIWZ. W odpowiedzi otrzymał ofertę,
z potwierdzeniem spełniania wymogów SIWZ. A jednak, pomimo spoczywającego na Odwołującym ciężarze dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) nie przedłożył on dowodów na tę okoliczność, jak również nie dowodził i nie podnosił, ażeby dokonał rzeczywistej weryfikacji oferowanego asortymentu z SIWZ w omawianym zakresie na etapie przygotowania oferty. Odwołujący, poza ww. oświadczeniem producenta, nie przedłożył żadnych dokumentów dotyczących projektu czy innego opisu technicznego rzeczonej koszulki, które potwierdzałyby twierdzenia odwołania.
Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, iż oferowana koszulka posiada taśmy wzmacniające na ramionach. Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uprzednio dokonując badania oferty zgodnie z SIWZ. Dodać należy, nie było możliwym uzupełnienie oferty w zakresie próbki, albowiem nie jest dopuszczalne uzupełnienie próbek
w sytuacji, gdy ich ocena stanowi kryterium oceny ofert, tak jak miało to miejsce
w niniejszym postępowaniu (por. np. wyrok KIO z dnia 24.01.2018 r., KIO 64/18, z dnia 16.10.2014 r., KIO 2034/14). Zamawiający nie był również zobowiązany do wezwania do wyjaśnień w zakresie zgodności oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wprost stanowi o możliwości wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku, a wezwanie do wyjaśnień nie jest warunkiem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli treść oferty nie budzi wątpliwości Zamawiającego, to nawet w przypadku uznania, że oferta podlega odrzuceniu, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień jej treści (por. np. wyrok KIO z dnia 6.04.2018 r., KIO 521/18, z dnia 24.01.2017 r., KIO 51/17, z dnia 9.06.2016 r., KIO 891/16).
W szczególności zastosowanie art. 87 ust.1 ustawy Pzp nie może służyć uzupełnieniu oferty
w zakresie elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (por. np. wyrok KIO z dnia 23.02.2018 r., KIO 235/18). Reasumując, odwołujący w sposób uprawniony zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści i oferty i prawidłowo dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

……