Sygn. akt KIO 506/15

WYROK

z dnia 25 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2015 r.

przez wykonawcę Stilbos J. M. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach

w postępowaniu prowadzonym przez Polską Spółkę Gazownictwa spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

przy udziale wykonawcy VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tych częściach zamówienia,**
2. **oddala odwołanie w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy „VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach na podstawie art 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z ust 4 a także w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, jako przedwczesne w zakresie ostatniego z zarzutów,**

---

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego Stilbos J. M. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od Zamawiającego Polskiej Spółki Gazownictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Odwołującego Stilbos J. M. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach kwotę 18 600 zł [osiemnastu tysięcy sześciuset 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 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], na niniejszy wyrok –w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 506/15

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *fabrycznie nowych plomb **„dostawa** do gazomierzy miechowych i reduktorów dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Warszawie”.* Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający w zakresie części III, IV, V i VI dokonał wyboru oferty złożonej przez VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach.

Odwołujący złożył odwołanie, wobec czynności polegających na:

1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach z udziału w postępowaniu w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia,
2) zaniechaniu odrzucenia oferty VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia,
3) zaniechaniu wyboru oferty Stilbos J. M. sp. z o.o. wykonawcy w Łomiankach, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części III, IV, oraz VI zamówienia,
4) dokonaniu wyboru oferty VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wadliwe przyjęcie, że oferta VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach pozostaje w zgodzie z SIWZ, podczas, gdy nie spełnia ona wymagań przedmiotowych postępowania w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia, a co za tym idzie winna ulec odrzuceniu,
2) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach, podczas, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a co za tym idzie, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia,
3) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach oraz zaniechanie wyboru oferty Stilbos sp. z o. o., w zakresie części III, IV,

V oraz VI zamówienia pomimo tego, że oferta Stilbos sp. z o.o. w Łomiankach jest najkorzystniejsza spośród złożonych w ramach postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia,
3) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia.

Odwołujący wniósł też o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu instalacji gazowej na okoliczności:

1) możliwości demontażu plomby zaoferowanej przez wykonawcę VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach bez spowodowania odprysków tworzywa,
2) wysokości znaków nadrukowanego numeru plomby zaoferowanej przez wykonawcę VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach,
3) wysokości czcionki zapisu alfanumerycznego umieszczonego na etykiecie plomby zaoferowanej przez wykonawcę VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

[1] zgodnie z pkt 7.4. SIWZ każdy z wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia winien był załączyć do oferty dla każdej grupy oferowanych, plomb [wyszczególnionych w pkt

3.1. SIWZ] po 5 sztuk próbek wraz z etykietami z kodem kreskowym. Próbki te następnie miały być przedmiotem oceny w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert tj.: kryterium B – skuteczność oferowanych plomb, kryterium C – funkcjonalność oferowanych plomb oraz kryterium D – jakość etykiety z kodem kreskowym. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że przedmiotem oceny w ramach ww. kryteriów są plomby wskazane w pkt 3 SIWZ [pkt 18.5,18.6,18.7 SIWZ].Czytając łącznie te postanowienia SIWZ należy więc uznać, że przedmiotem oceny Zamawiającego w zakresie kryteriów jakościowych miały być próbki odpowiadające właściwościom plomb oferowanych [Zamawiający podkreślił, że chodzi o próbki dla każdej grupy oferowanych plomb], w tym w szczególności odpowiadające warunkom wskazanym w pkt 3 SIWZ [na to wskazuje pkt 18.5, 18.6, 18.7 SIWZ]. Zamawiający wprost wymagał także, żeby na przedłożonych próbkach było naniesione oznakowanie zgodnie z zasadami określonymi w pkt 3.18 oraz 3.19 SIWZ.

Odwołujący wskazał na trzy niezgodności wybranej oferty z SIWZ:

1) zgodnie z pkt 3.9. SIWZ konstrukcja plomby powinna zapewniać możliwość bezpiecznego i prostego dla montera demontażu obejmy plombującej – bez powstania odprysków tworzywa oraz bez konieczności użycia środków ochrony osobistej. Tymczasem w trakcie demontażu przedstawionej przez wykonawcę próbki powstają odpryski tworzywa oraz zachodzi konieczność użycia rękawic ochronnych, co stoi w sprzeczności z cytowanym wyżej wymaganiem SIWZ.
2) zgodnie z pkt 3.17. SIWZ plomby powinny posiadać nieusuwalny nadruk [numer plomby], koloru czarnego wykonany metodą laserową, przy czym wysokość znaków nie może być mniejsza niż 4 mm. Tymczasem wysokość znaków znajdujących się na przedłożonej przez wykonawcę plombie wynosi max. 3 do 3,5 mm, co stoi w sprzeczności z cytowanym wyżej wymaganiem SIWZ.
3) zgodnie z pkt 3.19.3. SIWZ pod kodem kreskowym należy umieścić jego zapis alfanumeryczny [czytelny wzrokowo] czcionką o wysokości minimum 3,5 mm. Tymczasem wysokość czcionki znajdującej się na przedłożonej przez wykonawcę próbce plomby wynosi max. 2,5 do 3 mm, co stoi w sprzeczności z cytowanym wyżej wymaganiem SIWZ.

Wadliwości przedłożonej próbki w konsekwencji skutkować powinny uznaniem niezgodności złożonej oferty z SIWZ. Próbka ta niewątpliwe stanowi bowiem część oferty i jako taka podlega badaniu na gruncie warunków przedmiotowych postępowania.

Odwołujący podkreślił, że kryteria oceny charakteru próbki były wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej. Ostatecznie uznano, że może ona stanowić:

a) dokument w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być potwierdzającym spełnienie wymagań przedmiotowych SIWZ albo

b) część oferty będącą zasadniczą treścią zobowiązania wykonawcy.

Potwierdza to – zdaniem Odwołującego – następujące orzecznictwo KIO:

– *„Próbka stanowić może dokument przedmiotowy w ujęciu przepisu § 6 ust.1 pkt 1 rozporządzenia 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] i będzie wówczas podlegać uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26*

ust. 3 p.z.p. W takiej sytuacji jej rolą jest umożliwienie zamawiającemu skonfrontowania postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w SIWZ właściwościami. Należy jednak zauważyć, że próbka może służyć również ocenie jakości określonych właściwości, stanowiąc kryterium oceny ofert. W takiej sytuacji trzeba ją uznać za element oferty nie podlegający uzupełnieniu, a ewentualnie wyjaśnieniu w trybie przepisu art. 87 ust.

1 p. z. p." [uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2013 roku KIO 1496/13]

– *„Próbka kwalifikowana może być albo jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego [dokument przedmiotowy] albo jako treść oferty"„W odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 p.z.p., winien być zastosowany tryb wskazany w art. 26 ust. 3 p.z.p., natomiast braki w ofercie prowadzić mogą do odrzucenia oferty albo do dokonania jej poprawienia w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 p. z. p."*

Kryterium decydującym o rozróżnieniu charakteru próbki jest cel, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu jej załączenia. W sytuacji w której próbka jest podstawą do dokonania oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno – jakościowego należy uznać, że stanowi ona część oferty, a nie dokument potwierdzający jedynie spełnienie przez wykonawcę warunków przedmiotowych postępowania.

W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2013 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1807/13 wskazano, że: *„Nieistotne jest użycie literalnie słowa: "próbki", czy też innego określenia, gdyż konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno – jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego."*

„Konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy wzoru do oferty. Inny będzie status próbki, gdy był on wymagany wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno – jakościowego czy jakościowego [np. oceny, czy oferowaniu system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności], a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3p.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty[niekompletnej] o brakujący

---

element, co prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie p.z.p. zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione".

Próbka wymagana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowi bezspornie podstawę do oceny ofert w ramach kryteriów jakościowych postępowania, a co za tym idzie należy ją zakwalifikować jako część oferty. Kwalifikacja ta niesie za sobą określone konsekwencje:

– po pierwsze, próbka ta nie podlega trybowi uzupełnień przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy [o czym świadczy przywołane orzecznictwo],

– po drugie, podlega ona ocenie z punktu widzenia zgodności z SIWZ, a jej niezgodność z warunkami postępowania prowadzić musi do odrzucenia oferty.

Wobec stwierdzonych niezgodności próbki z SIWZ oferta wykonawcy powinna więc ulec odrzuceniu.

[2] W oparciu o powyższe Odwołujący postawił również zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, podkreślając, że wykonawca w pkt 2.5) formularza ofertowego oświadczył, że oferowane przez niego plomby spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ. Z uzasadnienia pkt 1 uzasadnienia odwołania wynika, że plomby te warunków tych nie spełniają, a co za tym idzie złożone oświadczenie jest niezgodne z prawdą. Niewątpliwie informacja o zgodności przedmiotu oferty z SIWZ zawarta w oświadczeniu wykonawcy jest informacją mająca wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. Wobec faktu, że informacja ta okazała się nieprawdziwa, wykonawca winien zostać

wykluczony z postępowania.

[3] Odwołujący końcowo postawił zarzut błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując, że wobec faktu, że wykonawca podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, a jego oferta powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) w zw. z ust 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferta Odwołującego powinna zostać przez Zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł następującą argumentację:

[1] w zakresie zarzutu wadliwej oceny oferty wykonawcy jako zgodnie z SIWZ i w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego podjęcia czynności odrzucenia oferty:

Zamawiający określił w punkcie 7 SIWZ, wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający w sposób wyraźny oświadczył, iż w punkcie tym są wymienione również inne dokumenty, które należy załączyć do oferty, których zadaniem nie będzie potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też że ofertowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Budowa punktu 7 SIWZ jednoznacznie wskazuje, iż:

1) oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków przez wykonawcę zostały wymienione w punkcie 7.1.,
2) oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że ofertowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego zostały wymienione w punkcie 7.2.,
3) wykaz pozostałych dokumentów – punkt 7.3.4.
4) próbki – punkt 7.4.

Próbka została w tym wypadku potraktowana przez Zamawiającego, jako *„inny dokument, który można załączyć do oferty".* Na potwierdzenie spełnienia przez dostawy warunków stawianych przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć oświadczenia i dokumenty wymienione w punkcie 7.2., a nie w punkcie 7.4.

Budowa punktu 7 SIWZ jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający nie żądał próbki jako części oferty *sensu stricte* i potwierdzenie wszelkich cech przyszłych dostaw. Próbka nie miała służyć potwierdzeniu spełnienia przez ofertowane dostawy wszystkich wymienionych w SIWZ wymagań określonych przez Zamawiającego. Skutkiem jej złożenia była wyłącznie możliwość uzyskania dodatkowych punktów w ustalonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Nadto załączenie próbki nie było obligatoryjne, co jednoznacznie wynika z treści punktu 7.4. SIWZ.
Treść punktu 7.4. SIWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości. Zamawiający w punkcie tym wskazał wprost, iż *„dołączenie do oferty próbek nie jest bezwzględnie wymagane, lecz jest niezbędne do uzyskania przez Wykonawców punktów w ramach kryteriów oceny ofert przedstawionych w pkt. 18.5. – 18.7. SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie dołączy do oferty próbek nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty, natomiast będzie to skutkowało uzyskaniem zerowej liczby punktów w kryteriach B. C i D".*

W związku z powyższym, dołączenie próbek w przedmiotowym stanie faktycznym miało charakter tylko i wyłącznie nieobligatoryjnej czynności, umożliwiającej uzyskanie dodatkowych punktów w kryteriach B, C i D. Tylko i wyłącznie w tym zakresie – uzyskania dodatkowej punktacji – Zamawiający żądał przedłożenia próbek i tylko w tym zakresie mogły

być one oceniane. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2014 roku, sygn. akt KIO 1736/14, niezastosowanie się przez wykonawcę do zawartego w SIWZ zalecenia, czyli czegoś, co z natury nie jest obowiązkiem, nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy.

Zamawiający podał, że nie odrzucił ofert spółki VESA, gdyż próbki plomb wraz z próbkami etykiet nie były składane na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymogów Zamawiającego. Zgodnie bowiem z pkt. 7.4 SIWZ *„dołączenie do oferty próbek nie jest bezwzględnie wymagane".* Skoro SIWZ dopuszcza całkowite nie złożenie próbek bez jakichkolwiek konsekwencji [np. odrzucenia oferty], to tym bardziej nie może skutkować odrzuceniem oferty złożenie próbek ze względu na ich cechy nie podlegające badaniu.
Zamawiający wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. sygn. akt XXIII Ga 446/08, w którym sąd stwierdził, że ocena spełnienia ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań przedmiotowych dokonywana musi być zgodnie z literalnym brzmieniem określonych w SIWZ wymagań. Z SIWZ jasno wynika, iż na spełnienie wymagań przedmiotowych wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie 7.2., a nie w punkcie 7.4. SIWZ. Zgodnie z punktem 7.2.2. Wykonawca zobowiązany był do złożenia deklaracji – Załącznik nr 3 do SIWZ – „Wykaz parametrów oferowanych plomb". W punkcie 8 Załącznika nr 3 do SIWZ Wykonawca potwierdza zgodność oferowanych plomb z wymaganiami dot. demontażu plomby bez powstawania odprysków, zawartymi w punkcie 3.9. SIWZ.

Zamawiający nie żądał przedłożenia próbek na potwierdzenie przez dostawy warunków stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający żądał próbek tylko i wyłączenie w celu umożliwienia wykonawcom otrzymania dodatkowych punktów. W związku z powyższym Zamawiający miał możliwość posługiwania się próbkami tylko i wyłącznie w sposób określony w SIWZ. Zamawiający nie mógł oceniać, czy przy demontażu plomb powstają odpryski, albowiem zgodnie z treścią SIWZ, plomby miały być badane jedynie pod kątem:
1) widoczność mechanizmu zamykającego plombę po jej zmontowaniu – kryterium B,
2) łatwość montażu plomb – kryterium C.,
3) jakość etykiety z kodem kreskowym – kryterium D.

Tylko i wyłączenie w powyższym zakresie próbki złożone przez wykonawców mogły być oceniane. Wobec tak sformułowanej treści SIWZ, Zamawiający nie był uprawniony do wyciągania jakichkolwiek konsekwencji, innych aniżeli przyznanie bądź nie określonej

punktacji w danym kryterium, z przedłożonych próbek. Z tych też powodów nie mógł odrzucić oferty z przyczyn wskazanych przez Odwołującego.
Zgodnie z orzeczeniem KIO z 20 sierpnia 2013 r., KIO 1898/13 żądając próbek zamawiający powinien określić, jakie parametry i w jaki sposób za pomocą próbek będzie badał. Brak zastosowania się do powyższego doprowadzi do naruszenia podstawowej zasady zamówień publicznych, wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał w SIWZ, jakie elementy techniczne plomby będą oceniane zgodnie z kryteriami oceny ofert na podstawie dostarczonych próbek. Wysokość cyfr w kodzie umieszczonym na plombie oraz na etykiecie, jak również zachowanie się plomby w trakcie demontażu [powstawanie odprysków] nie podlegały ocenie w oparciu o dostarczone przez wykonawców próbki plomb.

Zamawiający wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0–2195/06, w którym stwierdzono, iż wprowadzenie w SIWZ możliwości badania próbki oferowanych urządzeń, wyciąganie z tych badań wniosków, które miałyby uzasadniać odrzucenie oferty wydaje się wprowadzeniem dodatkowego kryterium oceny ofert, gdy zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Zamawiający podał, że skoro wprost przewidział w SIWZ, iż wykonawcy nie mają obowiązku przedkładać próbek, jak również jasno wskazał, że próbki mogą być przedłożone tylko i wyłącznie celem uzyskania dodatkowej punktacji, to brak podstaw prawnych do odrzucenia oferty spółki VESA, nawet jeżeli przedłożone próbki nie spełniałyby wymogów SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem ZAUZP z dnia 27 lipca 2007, UZP/ZO/0–877/07, jeśli Zamawiający nie wymaga załączenia do oferty wyrobu, to nie może dokonać oceny zgodności oferowanego

wyrobu z SIWZ na podstawie prób i badań. W tej sytuacji jedynym sposobem oceny wyrobu może być załączona do oferty dokumentacja techniczna, określająca szczegółowo parametry oferowanego wyrobu.

Zamawiający podkreślił, że nie wymagał załączenia próbek. Wykonawca miał taką możliwość, ale nie obowiązek. Z tych też powodów Zamawiający nie mógł dokonywać na podstawie przedłożonych próbek oceny zgodności oferowanego wyrobu z SIWZ w pełnym, zakresie wynikającym z Opisu przedmiotu zamówienia. To badanie będzie miało miejsce dopiero podczas realizacji dostaw i wówczas wykonawca musi dostarczyć wyrób w pełni

zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Jest to jednak zdarzenie przyszłe nie objęte odwołaniem.

[2] w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. art. 24 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach:

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawniczej, wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania.

Dokonując oceny przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, zamawiający musi uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia. Złożenie nieprawdziwej informacji ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Sam fakt łatwości ustalenia cech próbek negowanych przez odwołującego jest wystarczającym dowodem, że wykonawca VESA nie planował tych cech ukryć i wprowadzić zamawiającego w błąd co do właściwości przedmiotu przedstawionego do badania.

Zamawiający nie ma więc podstaw by skorzystać z wskazywanej przesłanki wykluczenia. Ta bowiem zachodzi jedynie, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalono, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w celu wpłynięcia na wynik postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z pominięciem powyższej zasady prowadziłoby do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, iż oferowane przez spółkę VESA plomby nie będą spełniały wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Nawet jeśli przedłożone próbki plomb nie spełniałyby wszystkich wymagań zdefiniowanych w OPZ nie przesądza to jeszcze, że plomby dostarczone w wyniku realizacji zamówienia nie będą tych wymogów spełniały. Żadne z postanowień SIWZ nie stanowi bowiem, że w trakcie realizacji dostaw wykonawca

winien dostarczyć wyrób w pełni tożsamy z badaną próbką. Przeciwnie – jedynie badane elementy próbki są uznane za zobowiązanie przedkontraktowe wiążące wykonawcę w przyszłości. Zamawiający żądał próbek w określonym celu, nie miały one potwierdzać, iż przedmiot zamówienia zaoferowany przez wykonawcę spełnia wymagania SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający nie jest uprawniony na ich podstawie do wyciągania wniosków, iż informacja zawarta w oświadczeniu jest nieprawdziwa.

Zamawiający będzie na etapie realizacji umowy sprawdzał i wymagał, aby dostarczane

plomby spełniały wszystkie wymogi określone przez Zmawiającego, w tym oczywiście również wymogi dotyczące oznaczeń zawartych na plombach i etykietach, czy konstrukcja plomb zapewnia możliwość bezpiecznego demontażu bez powstawania odprysków, jak również wymogi dot. sposobu pakowania plomb [określone w pkt. w 3.15. SIWZ].

W ocenie Zamawiającego, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zachowanie spółki VESA nie spełnia powyżej opisanych przesłanek tj. podania celowo i świadomie nieprawdziwych informacji zmierzających do powstania szkodliwych skutków po stronie Zamawiającego, oraz wpłynięcia na wynik postępowania.

[3] w zakresie zarzutu błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej:

Zgodnie z art. 91 ust. 1. ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający zgodnie z tym przepisem wybrał oferty najkorzystniejsze cenowo oraz uwzględniające kryteria wskazane w pkt. 18.1. – 18.7. SIWZ. Wybór oferty wykonawcy VESA S. W., W S. sp. j. został podjęty na podstawie kryteriów: ceny, skuteczność oferowanych plomb, funkcjonalność oferowanych plomb, oraz jakość etykiety z kodem kreskowym, wobec czego nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.
V. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji – uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu w niniejszym postępowaniu jest znaczenie nadane przez Zamawiającego próbkom plomb, które wykonawcy mogli złożyć w postępowaniu w celu uzyskania punktów w ramach kryteriów pozacenowych, w tym, czy na podstawie takich próbek właściwe jest wnioskowanie o zgodności lub niezgodności z SIWZ oferty składanej w postępowaniu.

[1] Na wstępie podkreślenia wymaga, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział w treści SIWZ złożenie próbki plomby dla każdej z czterech grup oferowanych plomb. W SIWZ Zamawiający nie nadał jednak próbce jednoznacznego charakteru: nie umieścił jej – i słusznie – w tej części SIWZ, która traktuje o dokumentach na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu [pkt 7.1 SIWZ tytułowany *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania];* nie wymienił próbki wśród dokumentów mających potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego [pkt 7.2 SIWZ, tytułowany *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone w pkt. 3. SIWZ];* nie wymienił jej w jednostce redakcyjnej SIWZ stanowiącej *„Wykaz pozostałych dokumentów, które należy załączyć do oferty”* obejmującej formularz ofertowy, formularze cenowe, kopie dokumentu wadium oraz pełnomocnictwa dla osób podpisujące ofertę [pkt 7.3 SIWZ].

Zamawiający poświęcił próbce odrębny punkt w SIWZ, w przeciwieństwie do pozostałych – wymienionych wcześniej – nie nazwany i pozbawiony tytułu wskazującego na znaczenie tego dokumentu [pkt 7.4 SIWZ], o treści:

„Wykonawca winien załączyć do oferty dla każdej grupy oferowanych plomb

[wyszczególnionych w pkt. 3.1. SIWZ] po 5 sztuk próbek wraz z etykietami z kodem kreskowym. Na próbkach plomb i etykiet winno być naniesione oznakowanie, zgodne

z zasadami określonymi w pkt. 3.18. i 3.19 SIWZ[przykładowo dla jednego z Oddziałów]. Pojedyncze próbki lub opakowania zbiorcze powinny być oznaczone w sposób identyfikujący daną grupę plomb, a mianowicie:
– do gazomierzy G1,6–G6
– do gazomierzy G10–G16
– do gazomierzy G16–G25
– do reduktorów R10
Próbki plomb oraz próbki etykiet z kodami kreskowymi będą podlegały ocenie zgodnie z kryteriami B, C i D, określonymi w pkt. 18.5 – 18.7 SIWZ. W przypadku składania oferty w ramach więcej niż jednej część zamówienia, wystarczające będzie dołączenie do oferty jednego kompletu próbek plomb wraz z etykietami, o ile Wykonawca oferuje identyczne plomby i etykiety w ramach wszystkich części, o których udzielenie się ubiega
W przypadku, gdy ofertę składa kilku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [np. konsorcjum] próbki plomb wraz z etykietami, o których mowa powyżej Wykonawcy składają wspólnie

Dołączenie do oferty próbek nie jest bezwzględnie wymagane, lecz jest niezbędne do uzyskania przez Wykonawców punktów w ramach kryteriów oceny ofert przedstawionych w pkt. 18.5. – 18.7. SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie dołączy do oferty próbek nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty, natomiast będzie to skutkowało uzyskaniem zerowej liczby punktów w kryteriach B, C i D."

Poza wymaganymi warunkowo – dla celu uzyskania punktów w kryterium pozacenowym – próbkami, Zamawiający przewidział, że oferowany przedmiot [plomby czterech rodzajów] zostanie mu skonkretyzowany dwukrotnie: za pomocą oświadczenia zawartego w treści formularza cenowego wg opracowanego przez Zamawiającego wzoru [zał. nr 2 do SIWZ], w którym wykonawcy mieli podać m.in. nazwę asortymentu używaną przez wykonawcę a także za pomocą wypełnionego *Wykazu parametrów oferowanych plomb* [zał. nr 3 do SIWZ], w którym podawali w 22 punktach spełnienie przez oferowane plomby jednostkowych cech i parametrów.

Z przytoczonego wyżej postanowienia pkt 7.4 SIWZ, stanowiącego jedyne źródło wiedzy o znaczeniu próbek plomb w tym postępowaniu, wynikają następujące wnioski:

– złożenie próbek nie jest wymagane w sposób bezwzględny, a jedynie wtedy, gdy wykonawca chce uzyskać punkty w trzech kryteriach pozacenowych;

– jeśli próbka plomby została złożona, to podlegała ona ocenie przez pryzmat posiadania

cech i właściwości pozwalających na uzyskanie punktów w kryteriach B, C i D;

– Zamawiający nie wskazał, że przedmiotem próbki ma być przedmiot wzorcowy, posiadający cechy analogiczne jak ten, który będzie przedmiotem dostawy, ale jedynie w zakresie objętym badaniem w ramach kryteriów pozacenowych, w pozostałym zaś zakresie jedynie kierunkowo zgodny z tym, jaki będzie dostarczony.

W oparciu o powyższe, stwierdzenia wymaga, że postanowienie pkt 7.4 SIWZ, jakkolwiek dopracowane w zakresie przesądzenia następstw niezłożenia próbki, pozwalające na zachowanie oferty w postępowaniu bez skutku w postaci jej odrzucenia – w razie nie złożenia próbki – pozostawia niedosyt jeśli chodzi o to, co jest przedmiotem tej próbki. Zamawiający nie przesądził w szczególności, jaki przedmiot – czy taki sam, jaki będzie przedmiotem dostawy, czy taki sam jedynie w zakresie tych części, które są analizowane w ramach kryterium pozacenowego ma stanowić ową próbkę. Dopiero w razie wyraźnych, nie pozostawiających wątpliwości postanowień SIWZ wskazujących na to, że przedmiotem próbek plomb są plomby zbliżone do tych, jakie będą przedmiotem dostawy a identyczne

jedynie w części, jaka podlega ocenie w ramach kryteriów pozacenowych, akceptowalne byłoby stanowisko Zamawiającego o wybiórczym traktowaniu plomb jako elementu oświadczenia ofertowego [jedynie w części korespondującej z kryteriami pozacenowymi], a w pozostałym zakresie już nie stanowiących treści oferty.

Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu ogólne spostrzeżenie, że – co do zasady – nie jest wyłączone wprowadzenie w SIWZ postanowień przewidujących badanie jedynie części próbki. Tego rodzaju sytuacja jest szczególnie uzasadniona, gdy mamy do czynienia na przykład z próbką systemu informatycznego, kiedy generalnie wymaganie wykonania całego przedmiotu zamówienia lub jego znaczącej części dla przedstawienia w postaci próbki uznawane jest za nadmiernie uciążliwe dla wykonawcy, generujące wysokie i nieuzasadnione celem koszty. W takim wypadku niejednokrotnie próbka ma mieć postać pewnego wybranego wyrywka przedmiotu, który ma być dostarczony; takiej jego części, która jest reprezentatywna i wystarczająca dla zbadania interesujących zamawiającego cech lub funkcjonalności. Inaczej jednak będzie, gdy mamy do czynienia z próbką przedmiotu niepodzielnego, nie dającego się w tak prosty sposób wydzielić i odseparować w celu zbadania jego cech w wybranym zakresie [tak jak w tym przypadku – w celu zbadania przez pryzmat kryteriów pozacenowych]. W takim wypadku szczególnie trudna jest kwestia wydzielenia tej części próbki, która podlega badaniu w ramach kryteriów pozacenowych i w tej mierze stanowi element oferty, oraz tej, co do której Zamawiający pozostawia wykonawcom na etapie badania i oceny ofert swobodę, wymagając dostosowania przedmiotu do wymagań Zamawiającego dopiero na etapie dostawy. Trudne bowiem jest uchronienie się przez

zamawiającego od ryzyka, że zmieniony – w tym zakresie, który nie był objęty kryterium pozacenowym – przedmiot dostawy nadal będzie tym samym, który został oceniony i za który przyznano ewentualne punkty.

Rozważenia bowiem wymaga, czym jest próbka składana w postępowaniu. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert – oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Próbka przewidziana została w przepisach *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],* gdzie w § 6 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Należy przyjąć, że próbka stanowi pewną materializację przedmiotu oferty, która ma służyć namacalnemu, empirycznemu zbadaniu cech i właściwości przedmiotu oferty lub nawet jego działania w formule opisanego w SIWZ eksperymentu [jako tzw. prezentacja próbki, demonstracja jej działania, testowanie czy nawet zbadanie umiejętności osób]. Prezentacja próbki może więc przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, działania mechanizmów, testowania sprzętu komputerowego, zbadania działania systemu informatycznego oraz przewidzianych w jego ramach wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności czy nawet zbadania umiejętności osób, które mają osobiście świadczyć usługę stanowiąca przedmiot zamówienia. Tego rodzaju próbka będzie więc miała charakter oferty, czy to wprost, czy też jako tzw. dokument mający potwierdzać spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań postawionych przez zamawiającego, finalnie rozpatrywany przecież przez pryzmat spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Próbka, a w konsekwencji – przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy], sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych a wreszcie – zbadaniu, czy

oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Zasadą jest zatem, że ocena próbki, niezależnie od tego czy wprost stanowi ona sposób złożenia oferty poprzez wskazanie [złożenie] jej przedmiotu, czy też ma postać dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań stawianych przez zamawiającego, finalnie prowadzi do stwierdzenia zgodności lub braku zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy]. Zasadą jest też, że w takim wypadku cała próbka podlega ocenie, niezależnie od tego czy tylko część jej cech jest brana pod uwagę w ramach kryterium pozacenowego, skoro cała próbka wyraża przedmiot oferty.

Dopiero zatem w sytuacji, gdy Zamawiający wyraźnie wprowadzi w SIWZ takie postanowienia, które – w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia – pozwolą na wyodrębnienie z przedmiotu stanowiącego próbkę tych jej elementów, które będą podlegały ocenie, w sposób, który nie zniweczy sensu badania tej próbki w ograniczonym zakresie jako wciąż reprezentatywnej dla całego przedmiotu stanowiącego przyszłą dostawę, można przyjąć taką wyrywkową ocenę próbki. Jeżeli więc intencją zamawiającego będzie oczekiwanie złożenia próbki jako przedmiotu zbieżnego w określonym zakresie z tym, który ma być następnie przedmiotem dostawy, ale nie identycznego z nim, pożądane jest jednoznaczne wskazanie, w jakim zakresie przedmiot stanowiący próbkę może – na etapie złożenia oferty – odbiegać od wymaganego w postępowaniu, bez zniekształcenia sensu badania próbki i w jakim zakresie część podlegająca badaniu będzie reprezentatywna dla całego przedmiotu i zdatna do formułowania wniosków o całym przedmiocie. Pożądane jest też w takim wypadku wyraźne wskazanie, że przedmiot dostawy musi być zgodny z tym, którego użyto dla zaprezentowania w postaci próbki, np. w zakresie użytych materiałów, wymiarów, czy określonych cech, których zamawiający wymaga wobec przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, pożądane jest określenie poziomu zgodności próbki z wymaganiami stawianymi przedmiotowi zamówienia. W analizowanym postępowaniu byłoby to relatywnie proste, skoro cechy podlegające badaniu wyraźnie opisano w odpowiednich punktach SIWZ, zaś wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały skwantyfikowane i ujęte w 22 czytelnych punktach – sprowadzać by się mogło po prostu do wskazania tych wymagań [odpowiadających im pkt], które Zamawiający uznałby za istotne i reprezentatywne dla uznania, że w przypadku próbki i przyszłego przedmiotu dostawy mamy do czynienia z tożsamością przedmiotu a także, że wnioski wyciągnięte na podstawie próbki będą właściwe także dla innego przedmiotu spełniającego ten właśnie wskazany przez Zamawiającego katalog wymagań.

Na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający nie zawarł w SIWZ takich

postanowień, które by pozwoliły na przyjęcie tezy, że przedmiotem próbki może być przedmiot odbiegający w takim czy innym zakresie od wymagań stawianych w treści SIWZ. Za powyższym wnioskiem przemawiają następujące okoliczności:

– brak w SIWZ postanowień mówiących o dopuszczonym zakresie odstępstw przedmiotu próbki od tego, który jest przedmiotem oferty. Nie jest takim postanowieniem wskazanie zakresu badania próbki, to jest, że ma ona służyć zbadaniu próbki pod kątem trzech, wskazanych w pkt 18.5–18.7 SIWZ kryteriów. W świetle pkt 7.4 SIWZ, zakres badania próbki obejmuje zbadanie cech opisanych w ramach trzech kryteriów i nie jest tożsamy z samą próbką;

– te postanowienia, które w SIWZ zamieszczono wskazują raczej na to, że przedmiot próbek ma być zgodny z przedmiotem przyszłego świadczenia. Gdyby było inaczej, to nie znalazłoby się w nich jakiekolwiek odniesienie do tych cech, które nie podlegają badaniu w ramach kryteriów, bowiem byłoby ono dla tego badania całkowicie neutralne a same wymagania – całkowicie zbędne i bezprzedmiotowe. Tymczasem w pkt 7.4 SIWZ Zamawiający wymaga,

by na próbkach plomb i etykiet było naniesione oznakowanie, zgodne z zasadami określonymi w pkt. 3.18. i 3.19 SIWZ, mimo, że nie ma ono znaczenia dla oceny w ramach kryteriów.

– w pkt 7.4 SIWZ Zamawiający przewidział, że w przypadku składania oferty w ramach więcej niż jednej części zamówienia, wystarczające będzie dołączenie do oferty jednego kompletu próbek plomb wraz z etykietami, o ile Wykonawca oferuje identyczne plomby i etykiety w ramach wszystkich części, o których udzielenie się ubiega. Z postanowienia tego wynika powiązanie przedmiotu próbek z przedmiotem oferty – z plombami i etykietami oferowanymi w postępowaniu.

Konsekwencją powyższego ustalenia jest stwierdzenie, że przy brzmieniu SIWZ z jakim mamy do czynienia w tym postępowaniu, niewłaściwy i niedopuszczalny jest wniosek, że przedmiot próbki ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia jedynie w zakresie, jaki podlegał badaniu w ramach kryterium pozacenowego, a w pozostałym zaś zakresie, że już bez znaczenia jest zgodność z tym przedmiotem. Albo bowiem ów przedmiot próbki jest elementem oferty w całości, albo nie jest nim wcale. Zamawiający zapytany na rozprawie o znaczenie próbki w tym postępowaniu podał, że to, co jest na podstawie próbki badane w postępowaniu, jest treścią oferty. Trudno jednak, w świetle SIWZ, akceptować taki dualizm oceny. Jeśli ten sam przedmiot –próbka – miała charakter oferty, gdy podlegała ocenie w ramach kryterium, to ten charakter trzeba jej przypisać w całości, ze wszystkimi konsekwencjami. Wszak Zamawiający nie punktuje w ramach kryteriów cech próbki bez

związku z przedmiotem oferty, a w konsekwencji – przedmiotem zamówienia, lecz w związku z tym, że na podstawie cech zaobserwowanych w próbce [przedmiocie złożonym jako ta próbka] wnioskuje o jakości tego przedmiotu.

Reasumując: albo próbka służy jako pewien wyznacznik cech punktowanych w ramach kryteriów i jest w takim wypadku materializacją przedmiotu oferty, albo – jeśli nie odzwierciedla ona tego przedmiotu – nie powinna być wcale traktowana jako reprezentatywna do stwierdzania cech oferowanego przedmiotu, a w takim wypadku nie powinny też być przyznane w oparciu o nią punkty w kryteriach pozacenowych.

Jeśli więc przedmiot próbki wskazuje na niespełnienie wymagań stawianych wobec przedmiotu zamówienia w SIWZ, Zamawiający winien rozważyć kwestię jej zgodności z SIWZ.

[2] Biorąc pod uwagę, że złożenie próbki w postępowaniu nie było obowiązkowe, należy przyjąć, że Zamawiający wprowadził możliwość zaprezentowania przedmiotu oferty – wedle decyzji wykonawcy – na dwa sposoby:

– pierwszy: poprzez skonkretyzowanie w ofercie oferowanego przedmiotu za pomocą wskazania jego nazwy [formularze cenowe wg załącznika nr 2 do SIWZ] oraz złożenie oświadczenia o zgodności tego przedmiotu w 22 wymaganych cechach [Wykaz parametrów oferowanych plomb, wg załącznika nr 3 do SIWZ], bez pokazywania tego przedmiotu w postaci jego próbki, a w konsekwencji – bez szansy na uzyskanie punktów w kryteriach pozacenowych;

– drugi: poprzez skonkretyzowanie w ofercie oferowanego przedmiotu za pomocą wskazania jego nazwy [formularze cenowe wg załącznika nr 2 do SIWZ], złożenie oświadczenia o zgodności tego przedmiotu w 22 wymaganych cechach [Wykaz parametrów oferowanych plomb, wg załącznika nr 3 do SIWZ], oraz dodatkowo – zademonstrowanie przedmiotu oferty za pomocą próbki, co dawało możliwość uzyskania punktów w kryteriach pozacenowych.

Obie ścieżki zaprezentowania przedmiotu oferty Zamawiający uznał za równoprawne, przewidując, że nie złożenie próbki nie wywołuje jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, to jest, że gdy Wykonawca nie dołączy do oferty próbek, nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie będzie to skutkowało uzyskaniem zerowej liczby punktów w kryteriach B, C i D.

Powyższe przemawia za koniecznością uznania, że wykonawca, który złożył próbkę ale nie odpowiada ona treści SIWZ, nie powinien być gorzej traktowany niż ten, który nie

złożył takiej próbki wcale. Do tego wniosku zmierzało także stanowisko Zamawiającego. Nie sposób jednak zgodzić się, że skoro oferta takiego wykonawcy z tego powodu nie może być oceniana jako podlegająca odrzuceniu, to jednocześnie można i należy jej przyznać punkty w kryteriach pozacenowych. Albo więc jednocześnie, na podstawie próbki oceniamy ofertę co do jej wszystkich cech, w tym tych, które decydują o zgodności z SIWZ i przez tę zgodność uznajemy próbkę za przedmiot oferty, i temu przedmiotowi oferty przyznajemy punkty w kryteriach pozacenowych albo przyjmujemy, że wykonawca polega na deklaracjach [oświadczenia w formularzach cenowych oraz Wykaz parametrów oferowanych plomb – załączniki nr 2 i 3 do SIWZ], potwierdzających zgodność przedmiotu oferty z SIWZ i owej nieobligatoryjnej próbki, wskazującej na niespełnienie wszystkich wymagań w ogóle nie składa, ale w takim wypadku nie przyznajemy także punktów w kryteriach pozacenowych.

Kwestia ta – czy należy traktować złożone próbki jako część oświadczenia o oferowanym przedmiocie – nie powinna też być pozostawiona całkowicie ocenie Zamawiającego, skoro to do wyboru wykonawcy pozostawało, czy skorzysta z pierwszej czy drugiej ścieżki zaprezentowania przedmiotu oferty.

Skoro zaś złożenie próbki nie było obowiązkowe, to odrzucenie oferty na jej podstawie może nastąpić dopiero po całkowitym upewnieniu się przez Zamawiającego, że złożenie próbki było intencją wykonawcy i że w jego zamyśle ma ona dopełniać zestaw obowiązkowych oświadczeń z załączników 2 i 3 do SIWZ. Powyższe jednak – wobec fakultatywnego charakteru próbki – powinno zostać ustalone z udziałem wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Dopiero gdy Zamawiający ustali, że próbka nie odpowiada SIWZ a wykonawca jednoznacznie poda, że jego zamiarem było jej złożenie w charakterze elementu składającego się na oświadczenie ofertowe, Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

[3] Odwołujący podniósł w odwołaniu trzy niezgodności oferty z SIWZ. Dwie z nich są wyjątkowo łatwo uchwytne i wymierne, dające się zbadać np. za pomocą suwmiarki. Chodzi tu o wymaganie z pkt 3.17. SIWZ, by plomby posiadały nadruk [numer plomby] o wysokości znaków nie mniejszej niż 4 mm a także z pkt 3.19.3. SIWZ, by zapis alfanumeryczny [czytelny wzrokowo] wykonany był czcionką o wysokości minimum 3,5 mm. Zamawiający nie wdał się w spór co do tych niezgodności, pomijając tę kwestię. Jeśli te niezgodności występują w ofercie Przystępującego [złożonych próbkach] i jeśli intencją tego wykonawcy było złożenie próbek oraz ocena oferty na ich podstawie [co Zamawiający winien ustalić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy] – Zamawiający obowiązany będzie do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Jeśli chodzi zaś o niezgodność próbek z pkt 3.9. SIWZ wymagającym, by konstrukcja plomby zapewniała możliwość bezpiecznego i prostego dla montera demontażu obejmy plombującej – bez powstania odprysków tworzywa oraz bez konieczności użycia środków ochrony osobistej [okulary ochronne], dostrzeżenia wymaga, że przy tak ogólnym opisie wymagania jedynie wyraźna, wyjątkowo eksplodująca czynność demontażu plomby mogłaby skutkować uznaniem próbki za niezgodną z takim postanowieniem. Musiałoby to także dotyczyć każdorazowej próby demontażu, niezależnie od sposobu wykonywania czynności i przyjętej przez montera techniki. Stwierdzenie takiej cechy plomb wymaga jednak ustalenia, że jest ona stała i pewna przy każdym sposobie demontażu, a tym samym – wymaga wyeliminowania przy każdej próbie takiego demontażu czynnika przypadkowego i niewłaściwego jego przeprowadzenia przez daną osobę. Pojęcie „bezpiecznego i prostego dla montera” musi z elementem subiektywizmu, demontażu być traktowane z uwzględnieniem umiejętności i przeszkolenia konkretnego montera jak i znajomości przez niego przedmiotu podlegającego demontażowi. Trafnie też dostrzegł Zamawiający, że w odwołaniu postawiono tezę o konieczności użycia rękawic, jako wyznacznika nie spełniającej tego wymagania sposobu demontażu, podczas gdy to postanowienie nie

kwalifikuje konieczności użycia rękawic jako świadczącego o niebezpiecznym demontażu plomby, odnosząc to jedynie do okularów ochronnych, o czym Odwołujący nie wspomina. Innymi słowy, Odwołujący nie tylko nie wykazał ale nie uprawdopodobnił nawet zasadności tego zarzutu [w przeciwieństwie do pozostałych dwóch zarzutów, co do których złożył fotografie obrazujące wymiary napisów]. Stąd w zakresie tego wymagania [wynikającego z pkt 3.9 SIWZ], nie sposób podzielić argumentacji odwołania, zmierzającej do wykazania w tej mierze niezgodności oferty z SIWZ.

[4] W świetle przywołanych okoliczności, nie sposób dopatrzeć się zasadności zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Odwołujący zasadności tego zarzutu upatruje w złożeniu oświadczenia – przedstawieniu wraz z ofertą próbki, która ma być – w ocenie Odwołującego – niezgodna z SIWZ we wskazanych trzech aspektach. Odwołujący nie dostrzega jednak, że ewentualnej [czego nie przesądzono] niezgodności oferty z SIWZ nie sposób automatycznie rozpatrywać przez pryzmat złożenia nieprawdziwych informacji. W tym postępowaniu wykonawca złożył oświadczenie o oferowanym przedmiocie wskazując używane przez siebie jego oznaczenie
a także oświadczając o zgodności w zakresie 22 wymagań jednostkowych z SIWZ. Jednocześnie wykonawca składając próbki dał Zamawiającemu możliwość zweryfikowania tych oświadczeń. Jeśli złożona próbka nie odpowiada wymaganiom postawionym w SIWZ, to trudno uznać, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, gdy sam dał Zamawiającemu

możliwość ich zweryfikowania w sposób najbardziej empiryczny z możliwych.

Jednocześnie, przy brzmieniu SIWZ, nie traktującej próbki w sposób definitywny, trudno w oparciu o ten warunkowy i nieobowiązkowy dokument stawiać tezę o złożeniu nieprawdziwych informacji.

Stąd ten zarzut należało uznać za nieuzasadniony.

[5] Uwzględniając te zarzuty, które prowadziły do wykazania niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty, uwzględniono odwołanie i nakazano – zgodnie z postawionymi w nim żądaniami, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia. Odwołujący innych, dalszych żądań nie stawiał. Zgodnie z § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań [Dz.U. Nr 48, poz. 280],* orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez odwołującego, stąd stosownie do tych żądań – tak jak je postawiono – rozstrzygnięto.

W ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien poddać ocenie złożone próbki traktując je jako element oferty, obrazujący oferowany przedmiot i dopełniający oświadczenia zawarte w formularzach cenowych [załącznik nr 2 do SIWZ] oraz Wykazie parametrów oferowanych plomb [załącznik nr 3 do SIWZ]. Konsekwentnie, jeśli Zamawiający dopatrzy się w tych próbkach niezgodności oferty z SIWZ, winien na to zwrócić uwagę zainteresowanych wykonawców, oraz – z uwagi na dobrowolny charakter próbki – ustalić, z zastosowaniem art. 87 ust. 1 ustawy, czy zamiarem danego wykonawcy było złożenie próbki. Dopiero po ustaleniu ewentualnej niezgodności oferty [próbki] w określonym zakresie oraz uzyskaniu stanowiska wykonawcy co do zamiaru złożenia próbki, Zamawiający winien:

1) albo dokonać ustalenia punktacji w ramach kryteriów pozacenowych bez uwzględnienia próbki,
2) albo uznać, że próbka podlega ocenie ze skutkiem przyznania określonej ilości punktów, oraz jednocześnie, jeśli próbka nie odpowiada z SIWZ, uznać ofertę za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Reasumując, na obecnym etapie, dokonaną ocenę oraz wybór najkorzystniejszej oferty należy uznać za niewłaściwe, co determinowało nakazanie ponownego badania i oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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].

Skład orzekający: