Sygn. akt KIO 1159/15

WYROK

z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r.

przez wykonawcę **VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Stilbos J. M. sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach,** przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa sp. z o.o. z siedziba w Warszawie: (i) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III, IV, V oraz VI zamówienia; (ii) oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tych częściach zamówienia, z zastrzeżeniem,** że **oferta złożona przez wykonawcę Stilbos J. M. sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach nie podlega ocenie w zakresie kryteriów pozacenowych.**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
   (i) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

(ii) zasądza od Zamawiającego Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego **VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach** kwotę 18 969 zł (osiemnastu tysięcy sześciuset dziewięćset sześćdziesiąt dziewięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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.**

Przewodniczący

……

Sygn. akt. KIO 1159/15

UZASADNIENIE

W dniu 1 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy VESA S. W., W. S. spółka jawna z siedzibą w Gliwicach (dalej „Odwołujący”)

zarzucając zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „Zamawiający") dokonanie czynności niezgodnej z prawem polegającej na: (i) ocenie ofert w zakresie części III, IV, V i VI postępowania; (ii) zaniechaniu odrzucenia oferty STILBOS J. M. Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - w zakresie części III, IV, V i VI postępowania; (iii) wyborze w zakresie części III, IV, V i VI postępowania jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez STILBOS J. M. Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach (dalej: „STILBOS").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta STILBOS jest zgodna z SIWZ mimo, że próbka będąca elementem oferty nie jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") i w rezultacie powyższego zarzutu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że próbka załączona do oferty STILBOS i będąca integralną częścią oferty jest zgodna z SIWZ i w rezultacie zaniechanie odrzucenia tejże oferty;

ewentualnie:

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca - STILBOS złożył załączył do oferty próbkę i w rezultacie poddanie oferty STILBOS ocenie w zakresie kryteriów pozacenowych, podczas gdy w razie niezałączenia próbki kryteria te nie podlegały w ogóle ocenie;

ewentualnie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, to jest poprzez inną interpretację tych samych postanowień SIWZ w odniesieniu do STILBOS i w odniesieniu do Odwołującej;

W związku z powyższym zarzutami Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty; (ii) powtórzenia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem konieczności: odrzucenia oferty STILBOS albo; zaniechania oceny oferty STILBOS w zakresie kryteriów pozacenowych, albo; dokonania oceny w zakresie kryteriów pozacenowych także w zakresie oferty Odwołującej; (iii) zasądzenie na rzecz Odwołującej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który Odwołująca zobowiązuje się przedłożyć na koniec postępowania; (iv) dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ oferty były oceniane na podstawie dwóch rodzajów kryteriów: (i) kryterium cenowego; (ii) trzech kryteriów pozacenowych opisanych jako „skuteczność oferowanych plomb" (kryterium „B"), „funkcjonalność oferowanych plomb" (kryterium „C") oraz „jakość oferowanych plomb" (kryterium „D"; ocenie w tej kategorii podlegała jakość etykiet samoprzylepnych).

W punkcie 7.4. SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawcy mają możliwość załączenia do oferty próbek plomb. Załączenie próbek nie było obowiązkowe, jednakże ich załączenie warunkowało możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów pozacenowych, zaś w przypadku niezałączenia próbek ocenie podlegała wyłącznie cena.

Odwołujący wskazał, że pierwotnie w ramach części III - VI jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Odwołującej. Zamawiający stwierdził przy tym, że etykiety samoprzylepne do plomb załączone przez obu wykonawców do ofert nie spełniają wymagań SIWZ - w przypadku Odwołującej różnica dotyczyła wielkości pola zadruku i wielkości czcionki, a w przypadku drugiego wykonawcy - jedynie pola zadruku. Dowód: protokół pierwszego badania i oceny ofert - na okoliczność stwierdzenia niezgodności etykiet z SIWZ przez Zamawiającego (w aktach postępowania).

Odwołujący wskazał, że powyższe rozstrzygnięcie zostało zaskarżone przez STILBOS zarzucając Zamawiającemu, że niezgodnie z prawem zaniechał odrzucenia oferty Odwołującej oraz że ocenił jej ofertę również w kryteriach pozacenowych. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 25 marca 2015 r., sygn. akt KIO 506/15 nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Odwołującej, jednakże co do zasady odwołanie uwzględniła i nakazała ponowną ocenę złożonych ofert.

Izba wyjaśniła przy tym, że próbkę należy uznać za element oferty i poddać ocenie zgodności z SIWZ, jednakże z uwagi na nieobligatoryjność załączenia próbek przed stwierdzeniem niezgodności z SIWZ i odrzuceniem oferty należy zwrócić się do wykonawców w celu upewnienia się czy istotnie ich zamiarem było, aby próbka była elementem oferty.

Dopiero po uzyskaniu pewności tego, że próbka ma w intencji wykonawcy dopełniać katalog złożonych dokumentów należy odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. na tej podstawie, że jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w toku ponownego badania ofert, wykonując zalecenia Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienia, czy ich zamiarem było złożenie próbek jako elementu oferty. Dowód: pismo Zamawiającego z 14 kwietnia 2015 r., znak: PSG/ZP/21/11/21/14-15 - na okoliczność jego treści.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia, z których wynikało, że:

1) Odwołująca nie uważa próbki za element swojej oferty; dowód: pismo Odwołującej z 15 kwietnia 2015 r. - na okoliczność jego treści
2) STILBOS uważa próbki plomb za element oferty, nie uważając próbek etykiet samoprzylepnych za element oferty. Dowód: pismo STILBOS z 17 kwietnia 2015 r. - na okoliczność jego treści (w aktach postępowania).

Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający ponownie ocenił oferty i uznał, że Odwołująca w ogóle nie złożyła próbek, zatem jej oferta nie podlega ocenie w oparciu o kryteria pozacenowe, natomiast STILBOS złożyła próbki plomb, nie składając przy tym próbek etykiet i ocenił ofertę w oparciu o kryterium cenowe i dwa kryteria pozacenowe nie oceniając kryterium „jakość oferowanych plomb” odnoszącego się do etykiet samoprzylepnych.

Odwołujący wskazał, że w rezultacie powyższego oferta STILBOS uzyskała większe ilości punktów, niż oferta Odwołującej we wszystkich częściach, których dotyczy niniejsze odwołanie, to jest w częściach III, IV, V i VI postępowania. Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22 maja 2015 r. - na okoliczność wyników oceny ofert i wyboru oferty STILBOS jako najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców dostarczenia próbki, to próbka ta może stanowić:

(1) dokument potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w SIWZ (dokument w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) albo;
(2) zasadniczą część oferty będąc treścią zobowiązania wykonawcy.

W ocenie Odwołującego w sprawie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania próbka miała stanowić element oferty, co rozstrzygnęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 marca 2015 r., sygn. KIO 506/15; stanowisko tam wyrażone Odwołująca w pełni podziela i akceptuje.

Zamawiający w sprawie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania nie zdefiniował w SIWZ pojęcia próbki, a jedynie określił, co powinno być złożone jako próbka. Zgodnie z SIWZ wykonawcy mogli do oferty załączyć dla każdej grupy oferowanych plomb po

5 sztuk próbek wraz z etykietami z kodem kreskowym, zaś na próbkach plomb i etykietach winno być zamieszczone oznakowanie zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 3.18 i 3.19 SIWZ (por. pkt 7.4. SIWZ, str. 13). W dalszej części Zamawiający wskazał:
- próbki plomb oraz próbki etykiet z kodami kreskowymi będą podlegały ocenie (...);
- (...) wystarczające będzie dołączenie do oferty jednego kompletu próbek plomb wraz z etykietami
- (...) próbki plomb wraz z etykietami, o których mowa powyżej Wykonawcy składają wspólnie;
- W przypadku, gdy Wykonawca nie dołączy do oferty próbek nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty, natomiast będzie skutkowało uzyskaniem zerowej liczby punktów w kryteriach B, C, D.

W ocenie Odwołującego Zamawiający posługuje się pojęciem kompletu próbek plomb wraz z etykietami, co wskazuje, że Zamawiający jako próbką rozumie komplet plomby i etykiety. Jest to zresztą zrozumiałe, ponieważ całe postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczy dostawy plomb wyposażonych w etykiety i nie jest dopuszczalne złożenie oferty na dostawę samych plomb albo samych etykiet. W ocenie Odwołującego dla Zamawiającego jest więc bezużyteczne załączenie do oferty samej plomby albo samej etykiety. Jeśli próbka ma stanowić element oferty i element zobowiązania wykonawcy, to składając samą plombę albo etykietę należałoby uznać, że wykonawca zobowiązuje się dostarczyć jedynie - odpowiednio albo plomby albo etykiety. Dopuszczając złożenie w charakterze próbki samej plomby albo samej etykiety należałoby dopuścić także złożenie fragmentów plomby pozwalających na ocenę tylko jednego z kryteriów pozacenowych.

Odwołujący wskazał ponadto, że nazwa kryterium pozacenowego o oznaczeniu „D” została sformułowana następująco: „jakość oferowanych plomb”, podczas gdy ocenie w ramach tego kryterium poddawana jest wyłącznie etykieta z kodem kreskowym, co również sugeruje, że etykieta w istocie jest częścią plomby.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, określając przedmiot Zamówienia wyraźnie stwierdził, że oczekuje dostarczania kompletów plomb i etykiet. Wynika to m. in. z:
(1) pkt 3.15 SIWZ w brzmieniu: plomby wraz z etykietą z kodem kreskowym powinny być pakowane jednostkowo w opakowanie foliowe (...);
(2) pkt 3.19 SIWZ w brzmieniu: do każdej indywidualnie zapakowanej plomby należy dołączyć etykietą samoprzylepną z alfanumerycznym kodem kreskowym (...), zaś kod na etykiecie powinien być zgodny z numerem plomby;
(3) pkt 3.19.3 SIWZ w brzmieniu: kod kreskowy powinien być naniesiony w sposób trwały na załączonej do plomby etykiecie samoprzylepnej (...).

Jedna etykieta z kodem kreskowym pasuje więc tylko do jednej plomby. Zamawiający wymaga ponadto pakowania ich w indywidualne opakowania zawierające plombę i etykietę. Z powyższego wynika, że przedmiotem zamówienia są komplety składające się z plomby i dołączonej do niej etykiety z kodem kreskowym zgodnym z numerem plomby.

W punkcie 7.4. SIWZ stwierdzono, że w przypadku składania ofert w 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 tego postanowienia wynika, że Zamawiający powiązał przedmiot próbek z przedmiotem oferty (plombami i etykietami będącymi przedmiotem zamówienia). Odwołujący wskazał, że skoro więc Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako komplety plomb i etykiet, a próbka powinna odpowiadać wymaganiom SIWZ co do przedmiotu zamówienia (co rozstrzygnął cytowany już wyrok KIO), to nie można stwierdzić, że Zamawiający umożliwił wykonawcom załączenie:
(1) próbki plomby i etykiety albo
(2) próbki samej plomby, albo
(3) próbki samej etykiety.

W ocenie Odwołującego pod pojęciem próbki w rozumieniu SIWZ w przedmiotowej sprawie należy więc rozumieć wyłącznie komplet plomby i etykiety samoprzylepnej. Również za

rozumieniem próbki w niniejszym postępowaniu jednolicie, jako jednego elementu

opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w dotyczącym Zamówienia wyroku o sygn. KIO 506/15 stwierdzając, że albo ów przedmiot próbki jest elementem oferty w całości, albo nie jest nim wcale.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ w razie niezałączenia próbki kryteria B, C i D nie podlegały w ogóle ocenie (por. pkt 7.4, akapit 4 SIWZ). Zamawiający nie rozstrzygnął w tym miejscu, że w przypadku próbki zawierającej samą plombę ocenie podlegać będą jedynie kryteria B i C, zaś w przypadku załączenia próbki zawierającej samą etykietę ocenie podlegać będzie kryterium D; Zamawiający postanowił stanowczo, że w przypadku braku próbki kryteria pozacenowe w ogóle nie będą przez niego oceniane, bez względu na to, czy brak jest tego rodzaju, że pozwoliłby na ocenę któregokolwiek z kryteriów.

W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ należy interpretować w sposób ścisły. Oznacza to, że skoro Zamawiający postanowił, że w przypadku braku próbek (jakichkolwiek próbek; nawet przy uznaniu, że plomba i etykieta to dwie różne próbki) ocenie nie będą polegały kryteria pozacenowe. Gdyby Zamawiający zamierzał poddać ocenie kryterium D w przypadku niezałączenia plomby, a kryteria B i C w przypadku niezałączenia etykiety, znalazłoby to swoje odzwierciedlenie w odpowiedniej treści SIWZ.

W przypadku załączenia próbki niespełniającej wymogów SIWZ dla przedmiotu zamówienia i upewnienia się przez Zamawiającego, że zamiarem wykonawcy było załączenie takiej próbki Zamawiający winien ofertę odrzucić. W przedmiotowym postępowaniu Odwołująca, w toku wyjaśnień stwierdziła, że nie uważa wadliwej próbki za część oferty, zatem jego oferta nie podlegała odrzuceniu; drugi wykonawca stwierdził natomiast, że za część oferty uważa jedynie próbkę plomby, a próbki etykiety już nie.

Odwołujący podkreślił, że próbka w rozumieniu SIWZ będącej przedmiotem niniejszego postępowania stanowi jedną całość i nie jest dopuszczalne potraktowanie oddzielnie plomby i etykiety. W razie odmiennego stanowiska należałoby zaakceptować również wniosek o możliwości załączenia tylko części plomby; skoro bowiem próbkę można podzielić na kawałki to nie ma przeszkód do uznania, że na przykład wykonawca nie uznaje za część oferty wadliwie wykonanego oznaczenia naniesionego na plombę, a uznaje za część oferty całą resztę plomby.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, oświadczenie STILBOS należy uznać za wadliwe, gdyż wykonawca nie określił jednoznacznie, czy uznaje próbkę za element oferty, czy też nie. Zamawiający winien był w takiej sytuacji dokonać wykładni złożonych już wyjaśnień

i uznać, że próbka nie spełnia wymogów stawianych przez SIWZ przedmiotowi zamówienia, gdyż nie jest kompletna i nie składa się z plomby i etykiety, a następnie odrzucić ofertę STILBOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp albo uznać, że wykonawca w ogóle nie załączył do oferty próbki i w rezultacie nie poddawać oferty ocenie w ogóle w zakresie kryteriów pozacenowych, co skutkowałoby przyznaniem tejże ofercie zera punktów za kryteria B, C i D.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zaniechał jednak jakiejkolwiek z powyższych czynności i uznał złożone wyjaśnienia za prawidłowe. Doprowadziło to do ostania się w postępowaniu oferty, w której wykonawca uznał za element oferty niekompletną (a zatem niezgodną z SIWZ) próbkę oraz do oceny tejże próbki w sytuacji, gdy brak próbki był przeszkodą do oceny kryteriów pozacenowych.

Zdaniem Odwołującej Zamawiający winien był poddać oświadczenie STILBOS wykładni, a nie żądać od tego wykonawcy dodatkowych wyjaśnień. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi o jednokrotnym żądaniu złożenia wyjaśnień, a zatem nie można czynić tego po wielokroć. Odwołujący podkreślił, że przepis art. 87 ust. 1, tak samo, jak art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od ogólnej zasady, w myśl której kompletna oferta powinna być złożona przed upływem terminu do składania ofert, a zatem nie powinny one być nadużywane . Ponadto

wykonawca nie ma obowiązku udzielania odpowiedzi na zapytanie zamawiającego o wyjaśnienia, a w takiej sytuacji zamawiający jest obowiązany dokonać oceny oferty w oparciu o dokumenty będące w jego dyspozycji. Zamawiający, mając do dyspozycji przedłożone dokumenty winien był dokonać wykładni oświadczenia STILBOS zgodnie z jego treścią i dojść do wniosku, ze zamiarem STILBOS było złożenie próbek składających się wyłącznie z plomb. Mając na uwadze, że jako próbką należy rozumieć komplet plomby i etykiety oraz to, że próbka powinna być zbieżna z przedmiotem świadczenia zaoferowanym w pisemnej ofercie i SIWZ należało dojść do przekonania, że w istniejącym stanie faktycznym próbka nie jest zbieżna z przedmiotem świadczenia zaoferowanym w pisemnej ofercie i SIWZ. W związku z tym, że próbka stanowi element oferty należało uznać, że oferta taka jest niezgodna z SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia wykonawcy i odrzucić tę ofertę na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Z ostrożności Odwołująca podniósł również, że nawet w wypadku uznania, że zamiarem STILBOS było złożenie oferty w ogóle niezawierającej próbki albo pod pojęciem próbki można rozumieć odrębnie bądź to plombę, bądź to etykietę, bądź to komplet plomby i etykiety i w rezultacie czego odrzucenie oferty STILBOS byłoby niezasadne, zgodnie z punktem 7.4. SIWZ

w przypadku niezłożenia próbki kryteria pozacenowe B, C i D w ogóle nie podlegały ocenie. Jasnym jest, że jeśli zamiarem STILBOS było złożenie oferty w ogóle niezawierającej próbki, oferta nie podlegałaby ocenie w ramach kryteriów B, C i D. Natomiast w razie nieprawidłowego uznania, że pod pojęciem próbki można rozumieć albo komplet albo odrębnie każdy element kompletu Odwołująca podnosi, że zgodnie z SIWZ kryteria pozacenowe nie powinny podlegać ocenie w przypadku braku próbek, przy czym SIWZ stanowi o jakimkolwiek braku próbek i odnosi ten brak jednakowo do wszystkich kryteriów pozacenowych. Gdyby zamiarem Zamawiającego była odrębna ocena plomb i odrębna ocena etykiet wyraziłby to wprost w SIWZ stanowiąc, że w razie niezałączenia plomb nie będą podlegać ocenie kryteria B i C, a w razie braku załączenia etykiet - kryterium D. Pogląd o tym, że w punkcie 7.4. SIWZ, w akapicie 4 jest mowa o jakimkolwiek braku w zakresie próbek, a nie braku jakichkolwiek próbek (niezałączeniu niczego w charakterze próbki) można zilustrować przykładem: Zamawiający żądał przedstawienia po pięć próbek dla każdej części zamówienia. W ocenie Odwołującego w takim przypadku, gdyby Zamawiający chciał uzależnić odstąpienie od oceniania kryteriów pozacenowych od tego, że do oferty nie załączono w ogóle jakichkolwiek próbek należałoby uznać, że załączenie czterech kompletów (a zatem mniejszej ilości kompletów niż wymagana w SIWZ) nadal pozwala na ocenę ofert w ramach kryteriów B, C i D. Taka interpretacja jest z całą pewnością niezgodna z zamiarem Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w świetle wspominanej już zasady literalnej wykładni postanowień SIWZ należy uznać, że Zamawiający napisał dokładnie to, co chciał napisać - to jest uzależnił ocenę oferty w ramach kryteriów pozacenowych od złożenia kompletnych próbek - to jest pięciu plomb wraz z pięcioma etykietami, zaś każdy brak powodował utratę możliwości oceny kryteriów pozacenowych. Mając to na uwadze należy uznać, że Zamawiający - przyznając ofercie STILBOS punkty w ramach kryteriów B i C naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nakazujący ocenę ofert w ramach kryteriów określonych w SIWZ.

Zarzut naruszenia art 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien traktować wykonawców równo. W postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający naruszył tę zasadę poprzez to, że zinterpretował postanowienia SIWZ odmiennie w odniesieniu do Odwołującej i odmiennie w odniesieniu do STILBOS. Odwołujący wskazał, że w wezwaniu z 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający wytknął Odwołującej, że załączone przez nią etykiety (nie było mowy o plombach) nie spełniają wymagań SIWZ i zażądał określenia, czy próbki plomb wraz z próbkami etykiet stanowią element oferty. Zamawiający żądał zatem jednoznacznego wskazania bez możliwości

stwierdzenia, że próbki plomb stanowią element oferty, zaś etykiety już nie. Tymczasem Zamawiający zaakceptował stanowisko STILBOS, że wyłącznie próbki plomb stanowią element oferty. Tym samym Zamawiający dopuścił się odmiennej wykładni SIWZ w odniesieniu do każdego z wykonawców. W świetle wezwania z 14 kwietnia 2015 r. należałoby stwierdzić, że gdyby Odwołująca również oświadczyła, że elementem jej oferty są wyłącznie próbki plomb, a załączone do nich etykiety już nie, ocenie podlegałyby złożone przez nią plomby również w zakresie kryteriów B i C.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 248 – 440031 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół pierwszego badania i oceny ofert na okoliczność stwierdzenia niezgodności etykiet z SIWZ przez Zamawiającego; (iii) pismo Zamawiającego z 14 kwietnia 2015 r., znak: PSG/ZP/21/11/21/14-15 na okoliczność jego treści; (iv) pismo STILBOS z 17 kwietnia 2015 r. na okoliczność jego treści; (v) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22 maja 2015 r. na okoliczność wyników oceny ofert i wyboru oferty STILBOS jako najkorzystniejszej.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa Fabrycznie nowych plomb do gazomierzy miechowych i reduktorów dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych plomb określonych w pkt 3.1 SIWZ.

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. Zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 18 SIWZ próbki 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].

W pkt 3.15 SIWZ Zamawiający wskazał: plomby wraz z etykietą z kodem kreskowym powinny być pakowane jednostkowo w opakowanie foliowe (...);

W pkt 3.19 SIWZ Zamawiający wskazał: do każdej indywidualnie zapakowanej plomby należy dołączyć etykietą samoprzylepną z alfanumerycznym kodem kreskowym (...), zaś kod na etykiecie powinien być zgodny z numerem plomby;

W pkt 3.19. SIWZ Zamawiający wskazał: kod kreskowy powinien być naniesiony w sposób trwały na załączonej do plomby etykiecie samoprzylepnej (...).

W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający określił wymagane parametry przedmiotu zamówienia i wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty wypełniony załącznik ze wskazaniem czy oferowany produkt spełnia czy nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pierwotnie Zamawiający w zakresie części III, IV, V i VI dokonał wyboru oferty złożonej przez VESA S. W., W. S. sp. j. w Gliwicach. Wobec powyższego wyboru wykonawca STILBOS złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 25 marca 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniał odwołanie i nakazała 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.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego oraz wykonawcę Stilbos do złożenia oświadczenia co do charakteru próbek załączonych do ofert wykonawców.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2015 r. wykonawca Stilbos oświadczył, że jedynie próbki plomb są

elementem oferty, etykiety samoprzylepne nie są zaś elementem oferty. Pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że złączone wraz z ofertę próbki plomb wraz z próbkami etykiet samoprzylepnych należy traktować jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie jako element oferty.

Pismem z dnia 22 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert i wyborze w zakresie części zamówienia III, IV, V i VI oferty wykonawcy Stilbos. Zamawiający dokonał oceny plomby złożonej przez wykonawcę Stilbos w zakresie kryteriów oceny ofert: A, B i C, z wyłączeniem D.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 1 czerwca 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Stilbos J. M. sp. z o.o. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) –

Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, 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.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy wykonawca Stilbos w sposób właściwy dokonał podziału próbki na próbkę plomby, którą uznał za element oferty oraz na próbkę etykiety samoprzylepnej, która zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, nie stanowiła części oferty wykonawcy Stilbos. W ocenie Izby działanie wykonawcy Stilbos nie znajdowało oparcia w treści SIWZ ani w wyroku Izby wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 506/15.

Po pierwsze Izba podziela argumentację i analizę znaczenia próbki w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zawartą w wyroku o sygn. akt 506/15. Po drugie wskazać należy, że Izba w wyroku o sygn. akt 506/15 w sposób jednoznaczny wskazała, że z treści i sposobu sformułowania zapisów SIWZ brak jest podstaw do przyjęcia, iż przedmiotem próbki może być przedmiot odbiegający w taki czy w inny sposób od wymagań stawianych w SIWZ. Izba wskazała dalej, że niewłaściwym i niedopuszczalnym jest wniosek, że przedmiot próbki ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia jedynie w zakresie, w jakim podlegał badaniu w ramach kryterium pozacenowego, a w pozostałym zakresie, że już bez znaczenia jest zgodność z tym przedmiotem. Albowiem ów przedmiot próbki jest elementem oferty w całości, albo nie jest nim wcale. W ocenie Izby z powyższych zapisów w sposób jednoznaczny wynika, iż Izba nie dopuściła możliwości podziału próbki na wybrane elementy i weryfikację wyłącznie wybranych właściwości oferowanego produktu. Izba wskazała bowiem, że możliwa jest wyłącznie całościowa analiza cech i właściwości oferowanego produktu na podstawie próbki. A to z kolei, w ocenie Izby, jest możliwe w przypadku uznania przez wykonawcę, iż zarówno próba plomby jak i próbka etykiety stanowią element oferty wykonawcy. Próbka etykiety służy bowiem do weryfikacji określonych cech przedmiotu zamówienia i jej wyłączenie z oferty powoduje, że nie ma możliwości całościowej analizy cech oferowanego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie argumenty prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego o możliwości podziału próbki przez wykonawcę i swobodzie uznania jej poszczególnych elementów za część oferty bądź nie.

Bezspornym jest, że w SIWZ Zamawiający nie zawarł definicji próbki. Informacja na temat „próbki" pojawia się w pkt 7.4 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazuje, że wykonawca powinien załączyć do oferty dla każdej grupy oferowanych plomb po pięć sztuk próbek wraz z etykietami z kodem kreskowym. Oznacza to, że wykonawca winien był przedłożyć próbkę plomby, z załączoną etykietą czyli to co stanowi przedmiot zamówienia. Wskazać dalej należy, że Zamawiający co prawda posługuje się w dalszej części powyższego punktu pojęciem „próbka plomby" oraz „próbka etykiety", nie oznacza to jednak, w ocenie Izby, że wykonawcy mieli dowolność w przedstawieniu do oceny w kategoriach pozacenowych wybranego elementu przedmiotu świadczenia. Podkreślić bowiem należy, że w pkt 18, gdzie Zamawiający określił kryteria oceny ofert, przedmiotem oceny są plomby oferowane przez wykonawców (vide. Tabela w pkt 18.2). W pkt „D" Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotem oceny jest „Jakość oferowanych plomb", wyjaśniając w pkt 18.7, że jakość oferowanych plomb będzie oceniania poprzez ocenę jednego z wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia tj. jakości etykiety z kodem kreskowym. W tym samym punkcie Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że ostateczna liczba punktów przyznanych w tym kryterium (tj. „D – Jakość oferowanych plomb") dla danego typu plomby zostanie obliczona jako średnia arytmetyczna ilości punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji dokonujących oceny. Oznacza to, w ocenie Izby, że Zamawiający oceniał jeden przedmiotem – tj. próbkę plomby, której elementem koniecznym była próbka etykiety. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że posłużenie się przez Zamawiającego pojęciem „próba etykiety", umożliwiało podział próbki na dwa odrębne elementy i ich dowolną kwalifikację co do znaczenia jakie należy danemu elementowi przypisać. Podkreślenia bowiem wymaga, że w pkt 7.4 SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca ma prawo dołączenia do oferty próbki plomby wraz z etykietą. Spełnienie tego wymagania i możliwość oceny w kategoriach pozacenowych oznaczało dołączenie obu elementów, nie zaś wyłącznie wybranego elementu. Użycie spójnika „wraz" oznacza, że wykonawcy winni załączyć oba wymagane elementy przedmiotu zamówienia, co znajduje również potwierdzenie w przywołanym pkt 18.

W ocenie Izby, rozważania Izby zawarte w wyroku KIO 506/15 w zakresie możliwości sprecyzowania przez wykonawcę charakteru załączonej do oferty próbki odnoszą się do próbki odzwierciedlającej przedmiot zamówienia, którego parametry zostały określone przez wykonawcę w Załączniku nr 3 do SIWZ. Okoliczność, iż próbka przedmiotu zamówienia składa się z dwóch elementów tj. próbki plomby i próbki etykiety nie oznacza i nie może oznaczać, że

wykonawca miał prawo podziału próbki na odrębne elementy i ich dowolnej kwalifikacji jako części oferty bądź nie. Działanie takie jest niczym innym jak próbą manipulowania kryteriami oceny ofert i podziału elementów składających się na przedmiot zamówienia na te, które odpowiadają wymaganiom zawartym w SIWZ i umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów pozacenowych, od tych, które nie odpowiadają wymaganiom SIWZ, a w związku z tym nie stanowią części oferty i nie podlegają ocenie w świetle kryteriów pozacenowych. Izba wyraża pogląd, iż wykonawca w świetle wyroku 506/15 miał uprawnienie do określenia czy próbka jako odzwierciedlenie oferowanego produktu tj. plomby opatrzonej odpowiednia etykietą stanowi część jego oferty czy nie. Podkreślenia wymaga, że w pkt 3.1 SIWZ Zamawiający określił, że przedmiot zamówienia tj. dostawa fabrycznie nowych plomb. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 3 Zamawiający określił wymagane parametry oferowanych plomb. W pkt 19 oraz 20 (co odpowiada pkt 3.19 SIWZ) określił wymagania co do etykiet samoprzylepnych. Zapisy te w sposób jednoznaczny potwierdzają, że etykieta samoprzylepna jest wymaganym elementem oferowanych plomb, nie zaś odrębnym przedmiotem świadczenia. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty na dostawę samych plomb albo samych etykiet.

W ocenie Izby zarówno Zamawiający jak i Przystępujący błędnie zinterpretowali wyrok Izby KIO 506/16 oraz zapisy SIWZ. Kryteria oceny oferty zawarte w pkt 18 dotyczą przedmiotu zamówienia – czyli fabrycznie nowych plomb. Okoliczność, iż elementem przedmiotu zamówienia jest etykieta oceniana w kategorii jakość plomby w żaden sposób nie dzieli przedmiotu zamówienia na dwie odrębne części i nie może stanowić argumentu uzasadniającego podział próbki dokonany przez Przystępującego. Nie można zgodzić się również z interpretacją określenia „komplet" zaprezentowaną przez Zamawiającego. Powyższe

określenie zostało użyte w związku ze sprecyzowaniem wymagań Zamawiającego co do niezbędnej liczby próbek w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia i winno być interpretowane wyłącznie na te potrzeby. Pojęcie to oznacza, w ocenie Izby, wyłącznie obowiązek jednokrotnego załączenia dla każdej grupy oferowanych plomb (wyszczególnionych w pkt. 3.1. SIWZ) po 5 sztuk próbek wraz z etykietami (komplet próbek).

Dalej podkreślenia wymaga, że z treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2015 r., wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wynika, że Zamawiający wymagał oświadczenia wykonawcy co do całej próbki (tj. próbki plomby wraz z etykietą) nie zaś co do poszczególnych jej elementów. Stwierdzenie – „czy próbki plomb wraz z próbkami etykiet samoprzylepnych należy uznać za element oferty" wskazuje, że Zamawiający nie dopuszczał możliwości podziału próbki na poszczególne elementy. Gdyby bowiem próbki plomb i próbki etykiet były dwoma odrębnymi elementami, to wówczas, zasadne byłoby posłużenia się liczbą mnogą

słowa „element" w treści zapytania. Użycie koniunkcji w określeniu „próbka plomb wraz z próbką etykiet" również potwierdza, że Zamawiający traktował oba elementy jako jedną całość będącą przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, mając na uwadze wyrok KIO 506/15 uznać należy, że niedopuszczalnym było dokonanie podziału próbki na odrębne elementy i uznanie za treść oferty wyłącznie tych elementów próbki, które spełniają wymaganie SIWZ, z pominięciem pozostałych, niespełniających takich wymagań. Działanie takie jest manipulacją kryteriami oceny ofert. Użycie przez Zamawiającego w SIWZ pojęcia „próbki etykiety" nie można utożsamiać z możliwością podziału próbki wymaganej w pkt 7.4 SIWZ na odrębne elementy. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w pkt 7.4 w sposób jednoznacznie wskazał, że wykonawca winien załączyć do oferty próbki plomb wraz z etykietami i tylko załączenie obu elementów umożliwiało ocenę oferowanego produktu z kategoriach pozacenowych. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wyłącznie fabrycznie nowa plomba wyposażona w etykiet, nie zaś plomba i etykieta.

W ocenie Izby Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i dokonał oceny oferty Przystępującego w kategoriach pozacenowych, mimo iż nie zostały spełnione wymagane przesłanki określone w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny oferty. Jednakże oferta Przystępującego winna być oceniona wyłącznie w kryterium oceny ofert oznaczanym literą „A". Skoro bowiem Przystępujący uznaje wyłącznie próbkę plomby za część oferty, to tym samym nie spełnił wymagania Zamawiającego wskazanego w pkt 7.4 SIWZ tj. załączenia do oferty próbek plomb wraz z etykietami samoprzylepnymi.

O kosztach postępowania w sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 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).

Przewodniczący:

……