

Sygn. akt: KIO 1321/11

WYROK
z dnia 4 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATU sp. z o.o., TEHAND sp. z o.o., 20-445 Lublin, Ul. Zemborzycza 112b** w postępowaniu prowadzonym przez **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, 20-950 Lublin, Al. Raławickie 14;**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia "**ALAB**" **Sp. z o.o., Alab Laboratoria Sp. z o.o., 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30 lok.222** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1321/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert**

- 2. kosztami postępowania obciąża Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, 20-950 Lublin, Al. Raławickie 14 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATU sp. z o.o., TEHAND sp. z o.o., 20-445 Lublin, Ul. Zemborzycza 112b** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, 20-950 Lublin, Al. Raławickie 14** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATU sp. z o.o., TEHAND sp. z o.o., 20-445 Lublin, Ul. Zemborzycza**

112b kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Katolicki Uniwersytet Lubelski Jan Pawła II Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na; „Dostawę wyposażenia Gmachu Naukowo-Dydaktycznego Biotechnologii Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II z podziałem na 2 części: 1. Dostawa wyposażenia laboratoriów, 2. Dostawa pozostałego wyposażenia administracyjnego”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U.W.E w dniu 27.04.2011 r. pod numerem 201 I/S 81-133303.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana wykonawcom w dniu 14.06.2011 r. Zgodnie z powyższą informacją Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę, ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum: ALAB Sp. z o.o. oraz ALAB Laboratoria Sp. z o.o.,.

Od takiej decyzji Zamawiającego, odwołanie do Prezesa KIO złożył drugi z wykonawców /złożone zostały dwie oferty/, Konsorcjum: Lider konsorcjum - ATU Sp. z o.o. ul. Zemborzycka 112B, 20-445 Lublin Partner konsorcjum - TEHAND Sp. z o.o. ul: Herbowa 4, 20-551 Lublin, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione na część pierwszą zamówienia- tylko na tę część Odwołujący składał ofertę /a nie jak mylnie wskazano w odwołaniu/ i dotyczyło ono odwołania od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum „ALAB Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał ,że czynności Zamawiającego podjęte w niniejszym postępowaniu naruszają:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z uwagi na dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która jako sprzeczna z wymogami siwz w związku z demonstracją „wystawki” nie spełniającej opisu przedmiotu zamówienia winna zostać odrzucona,

- dodatkowo również art. 91 ust. 1 ustawy w związku z dokonaniem oceny w kryterium OCENA TECHNICZNA w sposób sprzeczny z zasadami wskazanymi w pkt. 9 siwz,

Wobec naruszenia ww. przepisów prawa Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty konsorcjum ALAB. i dokonania ponownej oceny ofert w zakresie zadania I, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
3. dopuszczenie dowodu z zeznań świadków oraz powołania biegłego.

Wskazał, że Zamawiający oprócz złożenia oferty wymagał aby wykonawcy dostarczyli do siedziby Zamawiającego do terminu przewidzianego na otwarcie ofert - dygestorium (1 szt) - którego opis zawarty został w załączniku Nr.1. poz. 2 i załączniku nr 1.2. pkt. 4 do siwz. Celem dostarczenia tzw. wystawki miało być sprawdzenie czy zaoferowane parametry odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego oraz dokonaniu oceny oferty w zakresie kryterium „ocena techniczna”.

W oparciu o powyższe Odwołujący twierdził że dostarczona wystawka miała spieniać wymogi określone w siwz i że dodatkowo na podstawie tej wystawki Zamawiający miał dokonać oceny technicznej i przydziału punktów w kryterium „Ocena techniczna”.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez konsorcjum ALAB dygestorium jest sprzeczne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a pomimo tego oferta konsorcjum ALAB została wybrana a jednocześnie zaprezentowane dygestorium otrzymało maksymalną ilość możliwych do uzyskania punktów w kryterium oceny technicznej.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podniósł że po zapoznaniu się z przedstawioną do oceny wystawką wskazać należy, że oferta konsorcjum ALAB winna zostać odrzucona, gdyż nie spełnia wymaganych parametrów w następującym zakresie:

1 - w załączniku 1.3 pkt. 2 zamawiający postawił żądanie: „ściany komory (boczne i tylna) wyłożone trudno zapalnymi płytami jednolitymi z żywicy poliestrowej w kolorze białym” - wymóg ten jest powtórzeniem wymogu wskazanego w załączniku nr 1.2. - dygestorium pkt. 2 Płyty z żywicy poliestrowej RESINLINE nie występują w kolorze szarym - zatem ściany komory (boczne i tylna) zaprezentowanego dygestorium nie zostały wykonane z żywicy poliestrowej (resinline) gdyż są w kolorze szarym . Tak więc treść oferty jest sprzeczna z treścią siwz

2- wymogi dotyczące blatu - w załączniku 1.3 w pkt. 5 -7 zamawiający postawił wymogi dotyczące blatu, które są powtórzeniem wymogów technicznych wymaganych z załącznika 1.2. dygestorium pkt. 4:

pkt. 5 „Błat i zlewik wykonane litej ceramiki technicznej. Zaprezentowany blat jest wykonany z żywicy epoksydowej DURCON. Podniósł, że w Polsce dystrybuuje się jedynie żywicę DURCON w kolorze białym, czarnym i szarym i to właśnie blat i zlewik z tego materiału w kolorze szarym zostały zaoferowane, a blat miał być w kolorze szaro-niebieskim.

pkt. 6 „Błat o grubości minimum 26 mm z podniesionym na każdym boku obrzeżem o grubości minimum 6 mm (łącznie grubość 32 mm). Przednia krawędź blatu musi być w kształcie aerodynamicznym.”

Zaoferowane dygestorium posiada niewłaściwą grubość blatu - 25 mm zamiast wymaganego (32 mm). Przednia krawędź blatu nie jest w wymaganym aerodynamicznym kształcie - jest to zwykle podniesione obrzeże.

pkt. 7 „wymagany kolor blatu: szaro niebieski. Zaoferowano blat w kolorze szarym a nie szaroniebieskim.

3- Wymogi dotyczące zlewika-w blacie - w załączniku 1.3 zamawiający w pkt. 5, 8 i 9 postawił wymogi dotyczące zlewika wymogi te są powtórzeniem parametrów wymaganych z załącznika 1.2. dygestorium pkt. 4 i 5.

pkt. 5 „Blat i zlewik wykonane litej ceramiki technicznej. Zaoferowano zlewik z żywicy epoksydowej DURCON jest to katalogowy zlewik CS-4R.

pkt. 8. W blacie po prawej stronie, poniżej wylewek wody wmontowany zlewik ceramiczny o wymiarach wewnętrznych nie mniejszych niż 250x85x112(wymiary w mm). W dostarczonym dygestorium wykonawca zamontował zlewik o wymiarach wewnętrznych 154x74x100 a zatem niezgodny z wymogami siwz, co winno skutkować odrzuceniem oferty, bowiem w tym przypadku możliwe było zaoferowanie zlewika większego a nie mniejszego.

Pkt. 9 „Zlewik ceramiczny podklejany pod blat, a otwór w blacie glazurowany" Wykonawca zaoferował zlewik wklejony w blat, zaś otwór w blacie jest wycinany.

4- w zakresie wymogu dotyczącego sygnalizacji optycznej- w załączniku 1.2 pkt. 12 zamawiający żądał: „Sygnalizacja optyczna musi być umieszczona w panelu poziomym na wysokości górnej krawędzi okna przedniego, ustawionego w pozycji zamknięte/. Wykonawca zaoferował sygnalizację optyczną umieszczoną w panelu bocznym, co stanowi niespełnienie wymogu granicznego.

5- w zakresie wymogu dotyczącego szafki pod dygestorium - w załączniku 1.2 pkt. 17 Zamawiający wymagał m.in. aby szafka była wyposażona w półki wyłożone tworzywem chemoodpornym o grubości minimum 1 mm. Wybrany wykonawca nie zaoferował w ogóle półek.

6- w zakresie wymogu dotyczącego wymiaru gabarytowego dygestorium Zamawiający żądał dostarczenia dygestorium o wymiarach 1200x900x2400. Tak więc maksymalna wysokość oferowanego dygestorium nie powinna przekraczać 2400 mm , ALAB zaprezentowało dygestorium którego wymiar przekracza tę wysokość, gdyż po otwarciu okna - rama okna wystaje ponad obudowę dygestorium na wysokość 2750 mm, co stanowi sprzeczność zaoferowanego urządzenia z wymogami siwz.

W drugim zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niewłaściwie przydzielenie punktów w ramach kryterium „ocena techniczna" Ponadto podniósł że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał wykonawcy maksymalną ilość punktów ramach kryterium ocena techniczna, co jest sprzeczne z zasadami przydzielania punktów wskazanymi w siwz. Podał że maksymalną ilość „tzw. małych punktów" jaką można było uzyskać w ramach „kryterium ocena techniczna" wynosiła 40. Tyle też punktów przyznał zamawiający konsorcjum ALAB. Tym czasem nie jest możliwe aby ALAB uzyskał 10 pkt. w związku z zaprezentowaną wystawką za wymóg określony w pkt. 8 załącznika nr 1.3. Wskazał że oferta ALAB jest

sprzeczna z wymogami siwz i powinna zostać odrzucona, to jeśli Zamawiający mógłby ją oceniać pod względem technicznym to w ramach kryterium „ocena techniczna” mogłaby uzyskać maksymalnie 25 „małych punktów”, a nie 40 jak zostało to przydzielone.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zaprezentowana „Wystawka” nie podlega uzupełnieniu jako „dokument” mający potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Prezentowane dygestorium nie stanowi bowiem próbki w rozumieniu § 5 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r. w sprawie dokumentów. Nadto skoro wymóg dostarczenia wystawki był wymagany na dzień składania ofert, a dodatkowo wystawka ta miała służyć ocenie w ramach kryterium ocena techniczna, to uznać należy że nie jest to „oświadczenie ani dokument” mogące podlegać uzupełnieniu, wystawka ma bowiem wpływ na ocenę oferty w kryterium „ocena techniczna”, co w konsekwencji w przypadku jakiegokolwiek zmiany w stosunku do pierwotnie zaproponowanych rozwiązań prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - konsorcjum ALAB, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, spośród dwóch złożonych w postępowaniu ofert i w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w części pierwszej zamówienia w załączniku 1.1 do siwz wykazał, że na przedmiot zamówienia będzie wchodziło 24 urządzenia, w tym w pkt. 2 wykazu zamieszczono urządzenie pod nazwą dygestorium, którego wymagane parametry w ilości 26 zostały podane w pkt.3 załącznika nr 1.2 do siwz. W rozdziale 5 pkt.17 Zamawiający zamieścił warunek, że wykonawca dostarczy do siedziby Zamawiającego dygestorium którego opis zawarty został w załączniku 1.1 poz.2 i załączniku 1.2 pkt.4 do siwz, (według załącznika 1.2 opis dygestorium znajduje się w pkt.3), celem sprawdzenia czy odpowiadają one

wymaganiom określonym przez Zamawiającego, oraz dokonania oceny oferty w zakresie kryterium „ocena techniczna”.

Ponadto w rozdziale 9 siwz - opis kryteriów oraz sposobu oceny ofert, Zamawiający wskazał ,że kryterium oceny ofert będzie : cena ofertowa- 55%, ocena techniczna – 25 % i warunki gwarancji oraz serwisu – 20%. W ppkt „b” dotyczącym kryterium Ocena Techniczna, Zamawiający postanowił ,że w kryterium ocena techniczna zostaną przyznane zgodnie ze skalą punktacji podaną w TABELACH OCENY TECHNICZNEJ (załączniki nr 1.3 i 2.3 do siwz) na podstawie analizy parametrów oferowanych, przedstawionych przez Wykonawcę w tabeli z parametrami ocenianymi, złożonych dokumentów i dostarczoną wraz z ofertą wystawką (dygestorium). Tym samym wskazał ,że wystawka – dygestorium będzie podlegało ocenie i za spełnienie wymogów będą przyznane tzw. małe punkty w kryterium ocena techniczną.

Przedmiotem sporu według odwołania jest podnoszenie zarzutów iż przedstawione przez wybranego wykonawcę – tut. Przystępującego, dygestorium nie spełnia wymogów określonych w załączniku 1.2 ,a tym samym również powtórzonych w zakresie 6 w.w pozycji załącznika 1.3 oceny technicznej. Natomiast na rozprawie Zamawiający toczył spór w szczególności w zakresie iż przedstawione dygestorium miało **tylko** charakter poglądowy i w związku z tym ,że wiele zapisów siwz było zbyt szczegółowe i nie zawierające sankcji za nie zastosowanie się do jego postanowień uważał iż zasadnym było w takiej sytuacji przyznanie obu wykonawcom maksymalnej ilości punktów ,a spełnianie postanowień siwz w zakresie przedmiotowym oprzeć tylko na oświadczeniu wykonawców, iż wykonają przedmiot zamówienia zgodnie z załącznikiem 1.2 do siwz.

Prezentując swoje stanowiska na rozprawie Odwołujący podniósł między innymi następujące dodatkowe argumenty ; zgodnie z rozdziałem 9 lit. b SIWZ za przedstawioną wystawkę miały zostać przyznane punkty podane w tabelach oceny technicznej wg załączników 1.2 i 1.3 do SIWZ i były one podstawą do oceny oferty, czyli bez wystawki nie można było dokonać oceny technicznej oferty. Wskazał iż wystawka nie jest tylko elementem poglądowym lecz jest elementem treści oferty gdyż jej poglądowość nie wynika z zapisów siwz. Zdaniem Odwołującego sankcja za niespełnienie warunku zgodności dygestorium z opisem SIWZ wynika z załącznika 1.2 gdzie pod każdą tabelą znajduje się zapis, iż niespełnienie tego wymogu powoduje odrzucenie oferty, co wynika z załącznika 1.3 ocena techniczna, gdzie w przypadku wymogów ocenianych, ich niespełnienie winno skutkować odrzuceniem oferty. Oceniając postępowanie Zamawiającego odwołujący stwierdził, że brak jest przestrzegania zasad równości pomiędzy oboma wykonawcami, gdzie jeden przedstawił część oferty w postaci dygestorium zgodną z siwz, a drugi takiego dygestorium nie przedstawił, a obie wystawki zostały tak samo ocenione punktowo przez Zamawiającego. Podniósł ,że sam Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał ,że podnoszone w odwołaniu elementy

dygestorium różniły się do opisu siwz, a mimo to przyznał za nie maksymalną ilość punktów, naruszając tym zasadę równości wykonawców. Nadto wskazał iż w dygestorium kluczowym elementem jest blat. Zamawiający wymagał aby był to blat z litej ceramiki, natomiast Przystępujący zaoferował blat z płyty epoksydowej. Wskazał że wymagany blat z litej ceramiki jest kilkukrotnie droższy niż blat wykonany z płyty epoksydowej. Podobna sytuacja miała miejsce jeśli chodzi o parametry dotyczące gabarytów dygestorium. Postawione przez zamawiającego wymaganie aby dygestorium wynosiło 2400 mm powodowało konieczność, zastosowania okna na teleskopowych uchwytach, a to również miało wpływ na cenę oferty. Tym samym gdyby Odwołujący zastosował tańsze- takie jak Przystępujący materiały, to jego oferta byłaby zdecydowanie tańsza od tej którą zaoferował.

Natomiast Zamawiający podniósł, że tzw. wystawka miała tylko i wyłącznie charakter i cel poglądowy, miała wykazać, że wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia opisany w siwz. Zgodnie z pkt. 9 siwz wystawka była tylko jednym z elementów tej oceny technicznej i była umieszczona na samym końcu elementów podlegających ocenie, a podstawowe znaczenie miał załącznik 1.2, gdzie wykonawca deklarował, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w siwz. Zdaniem Zamawiającego oba dygestoria spełniły jego oczekiwania, gdyż trudno było Komisji oceniać, czy blat ma kolor szary, a nie szaroniebieski. Ważniejsze było, iż wykonawca deklarował, że blat wykona w kolorze wymaganym przez Zamawiającego. Wskazał że nie neguje zarzutów podnoszonych w odwołaniu, iż pomiędzy zaprezentowaną wystawką – dygestorium, a opisem tego przedmiotu w siwz wystąpiły pewne nieścisłości. Ich powodem był fakt, iż Zamawiający w sposób zbyt szczegółowy opisał wymagania co do przedmiotu zamówienia, nie wskazując sankcji, że skutkiem ich niedotrzymania będzie odrzucenie oferty. Zamawiający dokonał oceny dygestorium zarówno w oparciu o doznania wizualne jak również pewne pomiary ale uznając, iż istnieją pewne nieścisłości pomiędzy zapisami w wymaganiach technicznych, a oferowanymi wystawkami obu wykonawcom przyznał takie same maksymalne ilości punktów. Odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego wskazał, że dygestorium było jednym z 24 elementów, części I zamówienia i stanowiło jego ułamkową wartości. W odpowiedzi na pytanie przewodniczącego czy Zamawiający kwestionuje zarzuty odwołującego wymienione w pkt 1-6 dotyczące niezgodności zaoferowanego dygestorium z wymogami siwz wskazał, że tych zarzutów nie kwestionuje ale decydujące dla niego znaczenie miał fakt, że wykonawca w ofercie pisemnej przedłożył oświadczenie, jak i wypełnił załącznik 1.2 z którego wynika, że wykona zamówienie zgodnie z warunkami wymaganymi przez zamawiającego w SIWZ.

Przystępujący podniósł że przedstawienie dygestorium miało tylko i wyłącznie element poglądowy i miało wskazywać na to, czy dany wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie. Zaoferowanie przez niego w tej samej cenie możliwości wykonania komory

robotniczej dygestorium z lepszego materiału nie może przesądzać, że wykona zamówienie niezgodnie z siwz. Ponadto podniósł że w dokumentach postępowania znajduje się pismo z którego wynika, że dostarczył wraz z dygestorium próbki ceramiczne, z których będzie wykonany blat. Tym samym w sposób jasny wykazał, iż zamierza wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Izba biorąc pod uwagę powyższe stwierdza ,że odwołanie jest zasadne.

Na wstępie oceny, przedstawionego w sprawie materiału dowodowego Izba wskazuje ,że obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące sformułowanie swoich wymagań w treści ogłoszenia i siwz. Dla wszystkich wykonawców ten opis musi być zrozumiały i – co więcej –opisany przy pomocy takich zwrotów i określeń aby wykonawcy mogli go rozumieć w taki sam sposób. Ocena dokumentów złożonych przez wykonawców dokonywana przez zamawiającego musi być dokonana wyłącznie na podstawie treści zapisanych w treści ogłoszenia i siwz. Ocena na innych zasadach jest niedopuszczalna, gdyż narusza dwie kardynalne zasady ustawy pzp wynikające z art. 7 ust 1 ustawy - równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mają go zaoferować, aby spełniał on wymagania siwz. Także niezbędny jest precyzyjny i jasny opis kryteriów w oparciu o które będzie następowała ocena złożonej oferty. Treść specyfikacji powinna być skonstruowana przez zamawiającego w taki sposób, aby oferty wykonawców mogły być przygotowane zgodnie z oczekiwaniami Z zamawiającego i by nie zachodziły żadne wątpliwości co do jego intencji wyartykułowanych w specyfikacji.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest specyficznym aktem prawnym ustalonym w oparciu o przepisy ustawy pzp przez Zamawiającego, na potrzebę konkretnego postępowania o zamówienie, określającym jego potrzeby w zakresie przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, a także kryteria oceny ofert. Reguluje on prawa i obowiązki stron w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i wyjaśnieniami do niej) w takim samym stopniu, jak wykonawcy. Stanowi on bowiem z jednej strony instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, a z drugiej gwarancję że jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, to zamawiający nie może ich wykluczyć z postępowania ani odrzucić ich oferty, a także wskazuje zasady których winien przestrzegać zamawiający dokonując czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdza mało precyzyjny, opis zasad oceny ofert – ocena techniczna, a także brak konsekwencji w postępowaniu Zamawiającego co do ustalonych zasad oceny warunków technicznych spełnianych przez tzw. wystawkę-dygestorium. Kwestia prawidłowości zapisów siwz nie będzie podlegała ocenie Izby, gdyż

kwestionowanie ich, na tym etapie postępowania jest spóźnione, a ponadto to nie wykonawcy, ale Zamawiający wskazuje na wady specyfikacji. Jednakże zdaniem Izby nie ulega żadnej wątpliwości, że Zamawiający mimo wnoszenia uwag co do sporządzonego przez siebie siwz i załączników, winien bezwzględnie przestrzegać zawartych tam postanowień. Zamawiający nie może się tłumaczyć, że zbyt szczegółowe, a tym samym nie zawsze precyzyjne opisanie celów jakiego ma służyć dane postanowienie siwz, daje mu prawo do nieprecyzyjnego ich stosowania i dokonanie oceny ustalonych parametrów w sposób bliżej nie skonkretyzowany. Każdy wykonawca ma prawo, a Zamawiający bezwzględny obowiązek, ocenić dany warunek wynikający z postanowień siwz, w sposób jak najbardziej odzwierciedlający literalne brzmienie treści danego zapisu. Wykonawca który w sposób prawidłowy wykonał wymagania Zamawiającego, ma prawo oczekiwać zgodnej z postanowieniami siwz oceny swojej oferty, a tym samym przyznania mu odpowiedniej ilości punktów za ocenę spełniania danego warunku. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien brać pod uwagę jedynie te kryteria, które zostały opisane w treści siwz. Winny być stosowane w ten sam sposób do wszystkich złożonych ofert. Komisja przetargowa dokonując oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej nie może dookreślać kryteriów oceny lub ich pomijać, dopiero w momencie przyznawania punktów.

W postępowaniu o zamówienie publiczne, Zamawiający stawia przed wykonawcami wymóg spełnienia warunków podmiotowych i przedmiotowych. Określone warunki podmiotowe wynikają z art. 22 ust.1 i art. 24 ust.1 ustawy pzp, są to warunki odnoszące się do podmiotu- wykonawcy, a ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Natomiast warunki przedmiotowe odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, wynikają z postanowień siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu a ich niespełnienie, powoduje odrzucenie oferty danego wykonawcy. Dlatego też w niektórych sytuacjach niezbyt dokładnego doprecyzowania warunku o jaki chodzi, pomocne jest przypisanie danego warunku, do określonej kategorii warunków w zależności od skutków jakie Zamawiający wiąże z jego niespełnieniem. W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie tzw. wystawki-dygestorium, które wykonawcy mieli dostarczyć do Zamawiającego na dzień otwarcia ofert, Zamawiający wskazał, zarówno z załącznika 1.2 – pod tabelą wymaganych parametrów, jak i w 6 punktach załącznika nr 1.2 – ocena techniczna, że niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty. Ponadto za spełnienie wymogów opisanych w załączniku 1.2 – opis przedmiotu zamówienia i powtórzonych w załączniku 1.3 - ocena techniczna, Zamawiający miał przyznać w wyniku oceny spełniania warunków określoną ilość punktów. Za wystawkę miały zostać przyznane punkty podane w tabelach oceny technicznej wg załączników 1.2 i 1.3 do SIWZ i były one podstawą do oceny oferty. Bez wystawki nie można było dokonać oceny technicznej oferty. Tym samym tzw. wystawka w tym postępowaniu nie miała potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych np. w

zakresie wiedzy i doświadczenia czy potencjału, wskazującego na możliwości wykonawcy uczestniczenia w postępowaniu ,ale była warunkiem przedmiotowym, była elementem treści oferty. Dlatego też twierdzenie Zamawiającego iż „ wystawka miała tylko i wyłącznie cel poglądowy i miała wykazać, że wykonawca jest w stanie przedmiot zamówienia opisany w siwzwykonać” nie ma żadnego odzwierciedlenia i uzasadnienia w postanowieniach siwz .

W ocenie Izby, prezentacja wykonanego przez wykonawców dygestorium, można zaliczyć do zwykłej próbki przedmiotu zamówienia, za którą należy uznawać część produktu gotowego. Dygestorium jest częścią gotowego produktu wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia.

Pomimo braku jakichkolwiek wątpliwości co do faktu ,że zaprezentowana przez wybranego wykonawcę wystawka, w zakresie podniesionym w odwołaniu zarzutów, nie spełniała opisanych wymogów, to Zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty tego wykonawcy ,ale przyznał mu za nią maksymalna ilość punktów . Fakt niezgodności wystawki z opisem przedmiotu zamówienia przyznaje sam Zamawiający który w trakcie rozprawy oświadczył między innymi : *„Zdaniem zamawiającego oba dygestoria spełniły jego oczekiwania gdyż trudno było oceniać Komisji, czy blat ma kolor szary, czy szaroniebieski”,... „Zamawiający nie neguje zarzutów podnoszonych w odwołaniu, iż pomiędzy zaprezentowaną wystawką – dygestorium, a opisem tego przedmiotu w SIWZ wystąpiły pewne nieścisłości”...., ”Zamawiający dokonał oceny dygestorium w oparciu o doznania wizualne”,... „Dokonując oceny dygestorium w ramach kryterium oceny technicznej Zamawiający zwracał uwagę na pewne elementy, które nie zawsze odpowiadały wymaganiom siwz ale ich zastosowanie powodowało, że przedmiot zamówienia mógł osiągnąć lepsze parametry niż tego wymagał Zamawiający”. Podobnie również Przystępujący nie kwestionował ,że przedstawiona do oceny wystawka nie była zrobiona zgodnie z wymaganiami siwz, Sam oświadczył ,że *„zaoferowanie w tej samej cenie możliwości wykonania komory roboczej z lepszego materiału nie może przesądzać, że wykona zamówienie niezgodnie z siwz”.... „przy dostarczeniu dygestorium dołączył próbki ceramiczne, z których ma być wykonany wg siwz blat”.**

Uwzględniając procesową jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, Izba stwierdza iż Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, iż wystawka nie była elementem treści oferty, a także że taka punktacja która w ostateczności przesądziła o wyborze oferty miała swoje uzasadnienie w postanowieniach siwz. Zgodnie bowiem z ustawą pzp Zamawiający w pierwszej kolejności jest zobowiązany dokonać oceny zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji, w szczególności w zakresie wymagań co do przedmiotu zamówienia. Żądając zatem załączenia do oferty próbek objętych przedmiotem zamówienia dla których zostały wskazane szczegółowe parametry,

Zamawiający był zobowiązany do oceny zgodności tych próbek /składających się na elementy dygestorium/ z wymaganiami specyfikacji wskazując jednocześnie na ewentualne różnice i odchylenia mające odzwierciedlenie w ilości przyznanych punktów. Odstępstwo przez wykonawcę w przedstawionym dygestorium od parametrów wymaganych specyfikacją techniczną nie może być usprawiedliwione twierdzeniami zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego, że zaprezentowana wystawka nie ma znaczenia dla wyboru oferty ,gdyż ważniejsza jest deklaracja pisemna wykonawcy iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami siwz. Dlatego też w tym zakresie Izba uznaje za słuszne stanowisko Odwołującego który stwierdził, że *„że wystawka musi być zgodna z wymogami specyfikacji i nie może różnić się od zapisów SIWZ gdyż Zamawiający tak ustalił wymagania i wg nich winien być dokonywać oceny spełnienia tego warunku przez wykonawców”*.

W tym zakresie Izba uważa za zasadne przywołanie tezy z orzeczenia KIO o sygn. 382/11 gdzie Izba stwierdziła ,że „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, oraz na podstawie zasad udzielania zamówień publicznych, a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych”.

Zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej , Izba w tym składzie orzekającym potwierdza że, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, samodzielnie ustala opis spełniania warunków udziału, opis przedmiotu zamówienia oraz zasady oceny spełniania tych warunków. Wszelkie niedokładności treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawców, to Zamawiający ponosi konsekwencje tego, iż specyfikacja nie zawiera szczegółowych regulacji, na które Zamawiający faktycznie się powołuje w toku postępowania, w szczególności dokonując z tej przyczyny zaniechania szczegółowej oceny treści oferty, zgodnie z opisanymi wymogami. Zamawiający miał pełne prawo ustalić tylko cenowe kryterium oceny ofert, natomiast jeśli ustalił kryteria dodatkowe ,nadając im odpowiednią wagę to na etapie oceny ofert nie może tych zasad ani zmieniać ani pominąć. Nadrzędnym celem w tym zakresie jest przestrzeganie w szczególności podstawowej zasady z art.7 ust.1 ustawy pzp. zasada ta ulega naruszeniu nie tylko poprzez nierówne traktowanie wykonawców , ale również tak jak w przedmiotowym postępowaniu ”zbyt równe” traktowanie, tzn. przyznanie obu wykonawcom którzy złożyli ofertę, takiej samej ilości punktów za dwa diametralnie różne, podlegające ocenie, dygestoria.

Charakter opisu sposobu oceny spełniania postanowień siwz przemawia za tym, że mamy do czynienia z elementem opisu przedmiotu zamówienia, a nie oświadczeniem

potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Izba przyjmuje za zasadną argumentację Odwołującego, że nie może znaleźć zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy, dopuszczający możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków w wykonaniu wystawki, gdyż w istocie nastąpiłoby uzupełnienie treści oferty, w zakresie w jakim wykonawcy byli zobowiązani go zaprezentować na dzień składania ofert. Wezwanie do uzupełnienia prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż wykonawca mógłby w takiej sytuacji przedstawić dygestorium po zapoznaniu się z drugą ofertą złożoną w postępowaniu, a tym samym stawiłoby go w uprzywilejowanej sytuacji.

Dlatego też Izba stwierdza, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia twierdzeń zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego, że dostarczone na dzień otwarcia ofert dygestorium miało wg. postanowień siwz tylko znaczenie poglądowe i tylko od woli Zamawiającego zależało w jaki sposób zostanie ocenione.

Biorąc pod uwagę stan wyjaśnienia sprawy po wysłuchaniu oświadczeń stron i Przystępującego, Izba uznała, że okoliczności będące podstawą rozstrzygnięcia nie wymagają wiedzy specjalistycznej ani dodatkowych ustaleń tym zakresie, dlatego też oddaliła wniosek odwołującego o przesłuchanie świadków oraz powołanie biegłego.

Również Izba nie dokonywała szczegółowego rozpatrywania podniesionych zarzutów. Wynikało to z sytuacji, że Odwołujący w zarzutach wskazał na konkretne techniczne i wymiarowe różnice pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia i ocenianych parametrów dygestorium w części Ocena Techniczna, natomiast Zamawiający stwierdzając, że dokonał „wizualnie” oceny dygestorium pozbawił spór w tym zakresie, racji bytu.

Dlatego też Izba nakazując uchylenie czynności Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazując ponowne badanie i ocenę ofert wskazuje, że Zamawiający winien dokonać oceny obu ofert pod względem zgodności wymaganych parametrów przedstawianego dygestorium ze stanem rzeczywistym i w zależności od dokonanych ustaleń przydzielić odpowiednie ilości punktów. Izba wbrew żądaniu Odwołującego nie nakazała odrzucenia wybranej oferty, gdyż dopiero dokonana ponownie dokładna, zgodnie z wymaganymi parametrami, a nie tylko wizualna, ocena zaprezentowanych przez wykonawców dygestoriów, może pozwolić na stwierdzenie zgodności bądź nie, jednej lub obu ofert, z wymogami siwz i załączników.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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