

**WYROK**  
**z dnia 17 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **29 kwietnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-817 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Gdańską, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:**
  - 1) unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego;**
  - 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem przy tej czynności oferty odwołującego.**
  
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Politechnikę Gdańską, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**  
i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-817 Sopot, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Politechnikę Gdańską, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk** na rzecz wykonawcy **KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-817 Sopot** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Politechnika Gdańska, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na remont i przebudowę Centrum Szkoleniowo-Rekreacyjnego „EUREKA” w Sopocie, ul. Emilii Plater 7/9/11.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych 20.01.2016 r. pod nrem 7587.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 25.04.2016 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy KAMARO Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Sopocie, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca KAMARO Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-817 Sopot, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 29.04.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) unieważnienie wcześniejszej czynności zamawiającego wyboru oferty odwołującego;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego, jako niespełniającej wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej w skrócie SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę złożonych przez odwołującego próbek C i G i przyjęcie, że przedstawione przez odwołującego próbki nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego dla odpowiednio C – umywalek hotelowych (z syfonem zintegrowanym) i G – materiału na podłogi (deska dębowa klejona do podłoża), podczas, gdy do oferty odwołujący załączył próbki potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie ww. materiałów budowlanych w formie wymaganej przez zamawiającego;
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kompletności i sposobu przygotowania próbek C i G i

dokonanie błędnej oceny ww. próbek bez uwzględnienia wyjaśnień odwołującego złożonych samodzielnie w pismach kierowanych do zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem przy tej czynności oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

1. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców.

2. 25.04.2016 r. zamawiający wskazał, że unieważnia swoją poprzednią czynność z 8.04.2016 r., tj. powtórzoną czynność wyboru oferty odwołującego oraz odrzucił ofertę odwołującego podając krótkie uzasadnienie, że oferta odwołującego nie spełnia dwóch wymagań określonych w SIWZ, a dotyczących:

- a) umywalki do łazienek hotelowych,
- b) deski dębowej z drewna naturalnego klejonej do podłogi.

Przy czym zdaniem odwołującego zamawiający nie zarzuca, że przedstawione przez odwołującego materiały nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, ale raczej wskazuje, że z dostarczonych próbek C i G tych materiałów nie wynika spełnienie wymagań zamawiającego odnośnie tych dwóch materiałów (umywalki i deski podłogowej).

3. Odwołujący wskazuje, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, którą już wcześniej dwukrotnie uznał w tym postępowaniu za prawidłową i do 25.04.2016 r. nie miał wątpliwości do spełnienia przez odwołującego warunków stawianych materiałom na umywalki łazienkowe i podłogi drewniane, zamawiający dokonał błędnej wykładni sformułowanych przez siebie w SIWZ wymogów odnośnie ww. materiałów, które miałyby użyć wykonawca do realizacji przedmiotowego zamówienia.

4. Odnośnie wymagań dotyczących umywalki do łazienek hotelowych, zamawiający wymagał przedstawienia próbki takiej umywalki. Wymagania opisujące ww. umywalki przedstawiały się następująco. Zamawiający wymagał, aby umywalka do łazienek hotelowych spełniała następujące wymagania:

- Kolor: biały;
- Cechy: wygląd nowoczesny, symetryczna, prostokątna;
- Umywalka stawiana na blacie;
- Wymiary maksymalne umywalki 45x38 cm;
- W serii z umywalką występuje miska ustępowa – wymiarach maksymalnych 45x73 cm i wolno opadającej desce [w komplecie];
- Ceramika powlekana powłoką ograniczająca zanieczyszczenia i osady;
- Syfon w umywalce zintegrowany.

Spełnienie wszystkich tych wymagań zostało wykazane przez odwołującego, a zamawiający w żadnym punkcie SIWZ, ani też w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców nie wymagał dostarczenia fizycznie syfonu w ramach próbki. Zamawiający wyraźnie oświadczył, że wymaga przedstawienia do oceny pod względem wymagań określonych w SIWZ dla umywalk łazienkowych umywalki o parametrach wskazanych i ocenianych według treści SIWZ. Zamawiający nie wymagał przedstawienia fizycznej próbki syfonu do umywalki, stąd odwołujący takiej próbki nie dostarczył, a dostarczył jedynie kartę katalogową syfonu, tzn. opis techniczny umywalki ukazujący: kolor, kształt, zdobienia, sposób montażu – zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ (wymagania odnośnie syfonu do umywalki to: zintegrowany w umywalce, ozdobny, chromowany, widoczny, nieukryty za postumentem). Fakt, że przedstawiony w ofercie odwołującego syfon spełniał ww. wymagania zamawiającego nie może budzić wątpliwości, gdyż zamawiający nigdy nie twierdził, że przedstawiony przez odwołującego syfon umywalkowy nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Zamawiający uczynił za podstawę odrzucenia oferty fakt niedołączenia do próbki C przedmiotowego syfonu. Odwołujący jedynie złożył dokumenty potwierdzające parametry umywalk i ich zgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Zamawiający miał również pełną świadomość, że producenci umywalk (armatury łazienkowej) w zasadzie nie produkują jednocześnie syfonów (tym bardziej ozdobnych lub widocznych) i z tych powodów przewidział, że ocena elementów takich właśnie jak syfon umywalkowy dokonana zostanie w oparciu o załączone próbki atesty, aprobaty techniczne lub inne dokumenty – rozdz. XIII pkt 5 SIWZ. W tym postanowieniu SIWZ zamawiający wyraźnie stwierdził, że komisja przetargowa będzie oceniała próbki w oparciu o dokumenty opisujące ich parametry, co bez wątpliwości tyczy się takich elementów próbki C, jak wolno opadająca deska ustępowa, czy chromowany ozdobny syfon umywalki łazienki hotelowej. Zamawiający nie określił też w SIWZ, że syfon musi być już zamontowany w próbce, a zamawiający określił jedynie, że syfon taki musi być przedstawiony w ofercie i mieć walory estetyczne i parametry techniczne, zgodne z wymaganiem określonym w SIWZ.

Wszelkie wątpliwości wynikające z opisu przedmiotu zamówienia powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, który się do tego opisu zastosował, tak więc również brak wyraźnego stwierdzenia w SIWZ, że należy do próbki umywalki dostarczyć i zamontować już w tej próbce wymagany przez zamawiającego syfon ozdobny powinien być odczytany na korzyść wykonawców, w tym odwołującego.

W ocenie odwołującego na podstawie przedstawionej przez odwołującego próbki C umywalki łazienkowej oraz dołączonych do tej próbki [umywalki] dokumentów w postaci opisów technicznych ww. umywalki, deski ustępowej oraz spornego syfonu ozdobnego zamawiający był w stanie porównać oferty w przedmiotowym postępowaniu nawet bez wzywania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia treści oferty.

5. W zakresie zarzutu zamawiającego dotyczącego materiału na podłogę – próbka G – dla deski dębowej z naturalnego drewna na posadzki, wymaganie zamawiającego przedstawiały się następująco:

- Kolor: dąb ciemny;
- Usłojenie: naturalny układ usłojenia;
- Drewno lite bez bielu – klasa 1;
- Wymiary: 20x140x1200\*2000 mm o łączenie: pióro-wpust;
- Klejenie do odpowiednio zagruntowanego podłoża;
- Wykończenie: lakier satynowy, 2-krotne lakierowanie, bejca w kolorze ciemnego dębu;
- Twardość wg współczynnika Brinella: minimum 37 MPa.

Przedstawiona przez odwołującego próbka deski podłogowej spełniała wszystkie wymagania zamawiającego.

Zamawiający uznał jednak, że próbka powinna być tak wykonana, żeby pokazywała możliwość klejenia deski podłogowej do posadzki (oczywiście po zagruntowaniu takiej posadzki, co jest truizmem dla każdego, kto ma choćby minimalną wiedzę na temat sposobów montażu podłóg drewnianych). Przedstawiona przez odwołującego próbka deski dębowej potwierdzała możliwość jej montażu przez klejenie do zagruntowanej posadzki. Odwołujący zwraca uwagę, że równie dobrze zamawiający mógłby dopisać jeszcze inne wymagania odnośnie posadzki, na której będzie układania podłoga z deski dębowej (jak np. grubość posadzki min. 11 cm, a przy ogrzewaniu podłogowym grubość min. 8 cm, zagruntowania odpowiednim preparatem po odpowiednim wyschnięciu posadzki, prosta (bez nadmiernych spadków, przeszlifowana, odpylona itd.), bowiem wszystkie te elementy stanowią elementarz sztuki budowlanej w zakresie układania podłóg drewnianych. Gdyby intencją zamawiającego było sprawdzenie wyglądu podłogi dębowej na posadzce, to zamawiający powinien opis próbki rozszerzyć o wymaganie dotyczące dostarczenia

przyklejonej od odpowiedniej posadzki betonowej próbki deski dębowej, co z oczywistych względów byłoby wymaganie zbędnym z punktu widzenia porównania i oceny ofert.

Żaden z wykonawców nie dostarczył próbki deski dębowej przyklejonej do posadzki, więc wyciąganie konsekwencji wobec odwołującego, że też nie przykleił próbki deski dębowej do zagruntowanej posadzki jest nadużyciem i wyrazem zupełnie błędnej wykładni postanowień SIWZ, określających standard wykonania próbki deski podłogowej i jej prezentacji zamawiającemu.

Oprócz samej próbki deski podłogowej odwołujący dostarczył opis techniczny tej deski oraz oświadczenie producenta przedmiotowej deski, że deska dostarczona przez odwołującego jest przeznaczona do klejenia do posadzki. Również podstawowa wiedza w zakresie materiałów budowlanych (a zamawiający nie może zasłaniać się brakiem takiej minimalnej wiedzy) pozwala na ustalenie, że deska podłogowa przedstawiona w próbce G zamawiającemu przez odwołującego jest deską, którą należy przykleić do podłoża betonowego. Deska ta posiada pod warstwą ścierną (górną deski) nacięcia technologiczne pozwalające na jej klejenie oraz powodujące niwelację naprężeń powstających w czasie użytkowania podłogi (deska podłogowa naturalnie nabiera wilgoci lub wysycha pod wpływem warunków atmosferycznych, wilgoci z otoczenia, w wyniku ekspozycji na słońce, co wywołuje rozszerzanie się i zwężanie deski powodujące naprężenia, stąd konieczność nacinania desek podłogowych klejonych do podłoża).

Żaden producent desek podłogowych nie robi nacięć nieścierną częśći deski podłogowej przy technice jej montażu do legarów, byłoby to nielogiczne. Fakt, że próbka deski podłogowej przedstawiona przez odwołującego została przykręcona do poprzecznych deszczulek, a nie przyklejona do fragmentu posadzki betonowej nie stanowi podstawy do uznania, że deska przedstawiona przez odwołującego do próbki G nie spełnia wymagania zamawiającego w zakresie jej montażu, tj. klejenia do betonowej posadzki. Oczywistym jest, że deska złożona przez odwołującego jako próbka materiału na podłogi będzie przyklejona do posadzki betonowej, gdyż jej montaż na legarach jest niemożliwy, bowiem tak poprzecinana poprzecznie i regularnie (fabrycznie) deska po prostu by pękała. Deska stanowiąca próbkę G może być montowana tylko przez jej przyklejenie do podłoża, co jest oczywistą kwestią.

Przedstawiona przez odwołującego argumentacja jest logiczna. Również w tym przypadku zamawiający wyciągnął wobec odwołującego konsekwencje niewynikające z wymagań wyartykułowanych w SIWZ. Zamawiający nie napisał, że próbka deski ma być już przyklejona do podłoża betonowego (lub innego podłoża bliżej niewskazanego w SIWZ), a tylko w ten sposób zdaje się zamawiający rozumie postanowienie dotyczące sposobu prezentacji próbki deski podłogowej. Żaden z wykonawców nie przykleił próbki deski

podłogowej do próbki posadzki betonowej, a zamawiający nie odrzucił żadnej oferty z tego powodu. Zamawiający zrobił to jedynie wobec oferty odwołującego.

6. W ocenie odwołującego przyczyną błędnej decyzji zamawiającego w odrzuceniu oferty odwołującego było nieuprawnione zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kompletności i sposobu przygotowania próbek C i G (czego od zamawiającego wymagał przepis art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp) i dokonanie błędnej oceny ww. próbek bez uwzględnienia wyjaśnień odwołującego złożonych samodzielnie w pismach kierowanych do zamawiającego.

Uprzedzając niejako ww. błędne działania zamawiającego odwołujący pismem z 7.04.2016 r. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie wątpliwości zamawiającego odnośnie prawidłowości wykazania spełniania warunków dotyczących wymogów dla umywalek łazienkowych i deski podłogowej. Odwołujący przedstawił też zamawiającemu oświadczenie producenta deski podłogowej – spółki Profilwood Sp. z o.o. z 1.02.2016 r. dotyczące sposobu montażu deski przez jej klejenie do zagruntowanego podłoża.

7. W ocenie odwołującego działanie zamawiającego stanowi wyraz nadmiernego formalizmu i przerzucania odpowiedzialności za nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i warunków postępowania na wykonawców. Wszelkie wątpliwości powinny być natomiast odczytywane na korzyść wykonawcy, który zastosował się do postanowień sformułowanych przez zamawiającego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.04.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 28.04.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

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

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.



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

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

Ponadto Izba oparła wyrok na dowodzie złożonym przez odwołującego (dowód nr 1) – pismo odwołującego, w którym odwołujący wywodzi, że odrzucenie oferty odwołującego było bezzasadne.

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

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę złożonych przez odwołującego próbek C i G i przyjęcie, że przedstawione przez odwołującego próbki nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego dla odpowiednio próbki C – umywalek hotelowych (z syfonem zintegrowanym) i próbki G – materiału na podłogi (deska dębowa klejona do podłoża), podczas, gdy do oferty odwołujący załączył próbki potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie tych materiałów budowlanych w formie wymaganej przez zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający zgodnie z częścią III ust. 11 SIWZ lit. C i H (str. 9 i 10) SIWZ żądał od wykonawców próbek i dokumentów na wykazanie spełnienia wymagań przez zaoferowane przedmioty zamówienia (umywalka i deski na posadzki). Odwołujący złożył odpowiednie dokumenty i próbki. Zamawiający nie miał zastrzeżeń do oferty i próbek odwołującego. Jednak zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, o czym poinformował 25 kwietnia 2016 r.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że wykonawca (obecny odwołujący) nie złożył z ofertą próbki cyt. »syfonu, lecz wyłącznie dokumenty świadczące o możliwości montażu syfonu marki Vero z umywalką Duravit«, którą wykonawca złożył jako próbkę C, a wykonawcy byli zobowiązani do złożenia syfonu z próbką C.

Podobnie zamawiający potraktował próbkę desek cyt. »w formie desek przykręconych do poprzecznych deszczulek«, gdzie wykonawca (obecny odwołujący) nie wykazał, że zachodzi możliwość klejenia do odpowiednio zagruntowanego podłoża. Dlatego zdaniem

zamawiającego próbka nie spełnia warunku wykazania możliwości klejenia do odpowiednio zagruntowanego podłoża.

Na zakończenie pisma zawiadomienia o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził, że próbki stanowią element oferty w związku z tym nie ma do nich zastosowania przepis art. 26 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Izba stwierdza, że taka interpretacja nie wynika z przepisów ustawy, a potwierdzeniem, że m.in. próbki powinny stanowić uzupełniany element oferty stanowi chociażby § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Przepis ten brzmi »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«. Przepis ten został wydany na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp i odnosi się do art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis art. 25 ust. 2 Pzp brzmi »Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych«, a przepis art. 25 ust. 1

pkt 2 Pzp brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie [...] przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

W związku z tym zamawiający nie mający pewności co do złożonych próbek powinien wystąpić o ich uzupełnienie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, a nie stwierdzać, że próbki te są nieuzupełnialne i odrzucać ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uzasadnieniem, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, a zamawiający nie może poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę złożonych przez odwołującego próbek C i G i przyjęcie, że przedstawione przez odwołującego próbki nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego dla odpowiednio próbki C – umywalek hotelowych (z syfonem zintegrowanym) i próbki G – materiału na podłogi (deska dębowa klejona do podłoża), podczas, gdy do oferty odwołujący załączył próbki potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie tych materiałów budowlanych w formie wymaganej przez zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kompletności i sposobu przygotowania próbek C i G i dokonanie błędnej oceny próbek bez uwzględnienia wyjaśnień odwołującego złożonych samodzielnie w pismach kierowanych do zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający napotykający się nieprawidłowości w ofercie czy inne niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji jest obowiązany do żądania od takiego wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Przepis ten brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Również odwołujący nie wykazał, że cokolwiek obliuguje zamawiającego do brania pod uwagę pism złożonych zamawiającemu przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kompletności i sposobu przygotowania próbek C i G i dokonanie błędnej oceny próbek bez uwzględnienia wyjaśnień odwołującego złożonych samodzielnie w pismach kierowanych do zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....