

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez **Odwołującego – Partner Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Człuchowie przy ul. Jerzego z Dąbrowy 5d (77-300 Człuchów)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu**, ul. Pretficza 28 (50-984 Wrocław)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Partner Systems Sp. z o.o. z/s w Człuchowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Partner Systems Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego – Partner Systems Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego – 4 Regionalnej Bazy Logistycznej we Wrocławiu kwotę 4.140 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego 4 RBLog we Wrocławiu na *dostawę pojemników plecakowych 3L* (nr postępowania: MAT/65/2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.02.2019 r., 2019/S 042-094700, wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Partner Systems Sp. z o.o. z/s w Człuchowie, Wykonawca ten (dalej zwany Odwołującym) wniósł w dniu 22 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1404/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 22 ust. 1a i art. 22 ust. 1 b ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający właściwą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz poprzez określenie wymogów dotyczących warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, co uniemożliwiło jasną i jedyną interpretację oczekiwań Zamawiającego wobec Wykonawcy;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadzonego odrzucenia oferty Odwołującego oraz poprzez opisanie warunków udziału dotyczących wymaganych referencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 11 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zakończonej ocenie jego oferty, w wyniku której została uznana za niezgodną z treścią siwz i w konsekwencji takiej oceny została, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy odrzucona. Zamawiający wskazał, iż wyniki badań załączone do atestu higienicznego NIZP-PZH nie odpowiadają wymaganiom wskazanym w siwz. Ponadto, Zamawiający nie uznał wyjaśnień, jakie Wykonawca składał w odniesieniu do referencji, a w konsekwencji złożony wykaz dostaw został oceniony, jako niespełniający wymagań zawartych w siwz. Pomimo uzupełnionych

dokumentów – atestu wraz z uzupełnioną informacją o zastosowaniu technologii antybakteryjnej i antygrzybowej, Zamawiający odrzucił ofertę z czym Odwołujący się nie zgadza.

Zamawiający w siwz w pkt 6.5.90 wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia na wezwanie aktualnego atestu zdrowotnego wraz ze sprawozdaniem z badań wykonanych na okoliczność wydania atestu – dokumentów wydanych przez NIZP-PZH. Przedłożony przez Odwołującego atest nr BK/W/0192/01/2019 wydany przez NIZP-PZH odpowiada wymaganiom Zamawiającego, jednocześnie Odwołujący wskazał, iż wymóg przedłożenia sprawozdań z badań wydanych na okoliczność atestu, nie jest możliwy do spełnienia, gdyż instytucja ta takowych sprawozdań nie wydaje. Formułując wymogi Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stawianie nadmiernych i niemożliwych do spełnienia warunków celem wyeliminowania potencjalnych wykonawców stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, iż żądanie dodatkowych dokumentów ponad atest jest żądaniem niezasadnym stawianym ponad miarę. Warunkiem wydania atestu jest przedłożenie akceptowalnych danych materiałowych oraz wyników badań laboratoryjnych, potwierdzających że wyrób nie wpływa niekorzystnie na jakość kontaktującej się z nim wody i jej bezpieczeństwa dla zdrowia ludzi. Atest higieniczny PZH oraz świadectwo jakości zdrowotnej są ocenami danego wyrobu/produktu w zakresie jego bezpieczeństwa dla ludzi i/lub bezpieczeństwa wyrobu dla środowiska. Tylko po pozytywnej weryfikacji produktu możliwe jest uzyskanie atestu, do czego wymagane jest przedłożenie akceptowalnych danych materiałowych oraz wyników badań laboratoryjnych. Tym samym wystawiony atest BK/W/0192/01/2019 potwierdza spełnianie przez oferowany pojemnik plecakowy wymagań w zakresie jakości zdrowotnej produktu, dopuszcza go do bezpośredniego kontaktu z wodą przeznaczoną do spożycia i potwierdza informację o zastosowaniu technologii antybakteryjnej i antygrzybowej.

Na skutek żądania złożenia dodatkowych sprawozdań Wykonawca z ostrożności wysłał raport z badań przeprowadzonych przez wewnętrzne laboratorium Wykonawcy, który miał jedynie potwierdzić bezpieczeństwo wyrobu. Sporządzony został dla Zamawiającego, aby udowodnić, że srebro migrujące z wyrobu do wody pitnej nie przekracza dopuszczalnego poziomu, o którym wspomniał Zamawiający w jednym z pism.

W odniesieniu do przedłożonej referencji Odwołujący wskazał, iż potwierdza ona należyte wykonanie dostawy produktu tożsamego rodzajowo, konstrukcyjnie i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, w szczególności pojemników będących indywidualnym

wyposażeniem pojedynczego żołnierza, przeznaczonych do transportu i dystrybucji wody konsumpcyjnej w ruchu, w warunkach polowych, o minimalnej wartości 250.000,00 zł. brutto. Referencyjna dostawa dotyczyła filtrów do wody FPW-50 i potwierdza zdolność Odwołującego do realizacji przedmiotu zamówienia. W skład filtrów wchodzi zbiorniki elastyczne do transportu i dystrybucji wody konsumpcyjnej w warunkach polowych. Zamawiający zakwestionował, aby zbiorniki te mieściły się w pojęciu produktów tożsamych rodzajowo, konstrukcyjnie i funkcjonalnie (...). Ponadto, miał sugerować, iż są to wiadra, które po napełnieniu wodą nie nadają się do noszenia przez żołnierza w warunkach polowych, co jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż posiadają konstrukcję umożliwiającą przenoszenie przez pojedynczego żołnierza oraz picie z nich wody w trakcie marszu w warunkach polowych.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazu dostaw Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące zakresu referencyjnej dostawy, która potwierdza zdolność techniczną do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie przyjął tych wyjaśnień pomimo, iż w opisie wymagania użyto zwrotu „w szczególności”, co zdaniem Odwołującego pozwalało wykazać się wykonaniem, co najmniej jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia i nie tworzy zamkniętego katalogu elementów, które wyczerpują pojęcie produktu tożsamego rodzajowo i funkcyjnie. Wykonawca miał zatem udokumentować dostawę produktu tożsamego z przedmiotem zamówienia, a nie identycznego. Niewątpliwie zbiornik na wodę wchodzący w skład filtrów do wody FPW-50 ma konstrukcję, właściwości i funkcje, a także przeznaczenie tożsame z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z wymogami Wykonawca dostarczył model pojemnika plecakowego, który wyprodukował, który potwierdza jego zdolność do wykonania wersji pojemników plecakowych rodzajowo, konstrukcyjnie i funkcjonalnie zgodnych z wymaganiami zawartymi w siwz.

Oczekiwanie wykazania dostawy pojemników identycznych z przedmiotem zamówienia eliminuje z postępowania wykonawców, którzy dotychczas takich pojemników nie dostarczali, które skierowane jest na konkretnego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej oraz wymaganych środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza art. 22 ust. 1a ustawy. Żądanie zbyt szczegółowych referencji prowadzi do nadmiernego wyeliminowania potencjalnych wykonawców. Warunek dotyczący zrealizowanej dostawy jest w ocenie Odwołującego nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ogranicza konkurencję. Odwołujący wykazał się doświadczeniem w produkcji pojemników na wodę przeznaczonych do dystrybucji wody w warunkach polowych. Pojemniki wykonane są z tkanin elastycznych,

przeznaczonych do kontaktu z wodą. Ich kształt, jak i wielkość nie wykluczają możliwości transportu i dystrybucji wody konsumpcyjnej w ruchu w warunkach polowych przez pojedynczego żołnierza.

Zamawiający złożył w piśmie z dnia 31 lipca 2019 r. odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut dotyczący opisanego warunku udziału w postępowaniu. Na posiedzeniu Zamawiający wyjaśnił, iż uwzględniony zarzut dotyczy oceny wyjaśnień Odwołującego w zakresie związanym z wykazem dostaw i referencją, tj. jednej z podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający przywołał zapis wymagań z pkt 9 siwz dotyczących atestu zdrowotnego lub świadectwa jakości zdrowotnej wraz ze sprawozdaniem/sprawozdaniem z badań, jakich żądał w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy określonych wymagań. Zamawiający wskazał na brak przedłożenia stosownych dokumentów wydanych przez laboratorium posiadające akredytację udzieloną przez jednostkę akredytującą będącą członkiem – sygnatariuszem organizacji międzynarodowych EA, IAF oraz ILAC.

Na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy strony podtrzymały stanowiska prezentowane w pismach procesowych w zakresie dotyczącym zarzutu, którego Zamawiający nie uwzględnił. Na podstawie art. 186 ust. 4a Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego związanego z uznaniem oferty za niezgodną z treścią siwz, w związku z brakiem przedłożenia raportu badań potwierdzającego spełnienie wymagań Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty Odwołującego. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji, jaka powstała na skutek czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z siwz. Konsekwencją negatywnej oceny oferty, co do której Odwołujący podnosi

zarzuty, stało się pozbawienie Wykonawcy szans na uzyskanie zamówienia, co prowadziło do wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała poniżej ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający pismem z dnia 11.07.2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy). Zamawiający uznał, iż dokumenty złożone w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy oraz w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy – wyniki z badań załączone do atestu higienicznego NIZP-PZH nr BK/W/0192/01/2019 z dnia 20 lutego 2019 r., nie odpowiadają wymaganiom wskazanym w rozdziale 6 ust. 6.5 pkt 9 siwz, zgodnie z którym do atestu miały być załączone sprawozdanie/sprawozdania z badań. Z raportów nie wynika, aby były one wykonane przez niezależną jednostkę badawczą posiadającą akredytację i ponadto wykonane zostały odpowiednio po 127 i 90 dniach od dnia wydania atestu higienicznego. Nie są zatem sprawozdaniami z badań wykonanymi na okoliczność wydania atestu z dnia 20.02.2019 r.

Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona złożenia aktualnego atestu zdrowotnego wraz ze sprawozdaniem/sprawozdaniami z badań wykonanych na okoliczność wydania atestu – dokumenty wydane przez NIZP-PZH, inne laboratorium posiadające akredytację PCA lub inny równoważny dokument stosowany w krajach Unii Europejskiej wydany przez laboratorium akredytowane:

- a) potwierdzający jakość zdrowotną produktu (w tym w zakresie migracji);
- b) potwierdzający zastosowanie technologii antybakteryjnej oraz antygrzybowej;
- c) dopuszczenie go do bezpośredniego kontaktu z wodą przeznaczoną do spożycia.

W wyjaśnieniach z dnia 24.04.2019 r. – odpowiadając na pytanie nr 1, Zamawiający przekazał wykonawcom aktualne stanowisko PZH w zakresie możliwości wydania dla pojemników plecakowych pozytywnej oceny higienicznej i atestu higienicznego ze względu na specyfikę ich wykorzystania (pismo z 2.04.2019 r.). PZH potwierdziło możliwość pozytywnej oceny higienicznej wkładów do pojemników plecakowych i wystawienia na nie atestu higienicznego. *Warunkiem jest przedłożenie akceptowalnych danych materiałowych oraz wyników badań laboratoryjnych potwierdzających, że omawiane wyroby nie wpływają niekorzystnie na jakość kontaktującej się z nimi wody i jej bezpieczeństwa dla zdrowia ludzi. W zbiornikach omawianego typu uprzednio atestowanych przez Zakład właściwości antybakteryjne wkładu uzyskiwano przez zastosowanie dodatku srebra, a dopuszczalna zawartość srebra w wodzie przeznaczonej do spożycia wynosi do 0,010 mg/l. Światowa*

Organizacja Zdrowia w najnowszych zaleceniach dotyczących jakości wody do picia uznaje za dopuszczalne stężenie 10x wyższe. Wykluczony jest jedynie dodatek srebra w formie nanomateriału, którego właściwości toksykologiczne nie zostały dotychczas wystarczająco zbadane. W ocenie higienicznej zbiorników uwzględniano ich deklarowane zastosowanie jako wyrobu do przechowywania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi także w szczególnych okolicznościach, w tym w warunkach polowych w ciepłym klimacie, gdzie zapobieganie pogorszeniu jakości mikrobiologicznej wody ma szczególne znaczenie.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż wymóg przedłożenia sprawozdania z badań wykonanych przez akredytowane laboratorium na okoliczność wydania atestu był uzasadniony potrzebą zapewnienia produktu bezpiecznego przeznaczonego do używania przez żołnierzy w warunkach polowych w klimacie tropikalnym i subtropikalnym. Dla uzyskanie atestu PZH nie jest wymagane przedłożenie wyników badań przygotowanych przez akredytowane laboratorium, stąd Zamawiający podniósł standard dla tego zamówienia oczekując przedłożenia sprawozdań z badań przeprowadzonych przez akredytowane laboratoria, na podstawie których wydane miały być atesty PZH.

Odwołujący przedłożył w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy dla zbiornika hydratacyjnego U57 atest PZH – nr BK/W/0192/01/2019 z dnia 20.02.2019 r. zawierający TPU i inne materiały według deklaracji producenta. Atest ten potwierdza zgodność produktu z wymaganiami higienicznymi. Wraz z atestem Wykonawca przedłożył sprawozdanie z badań próbki (wody po kontakcie z produktem: barwa i zapach) nr LHS.9051.2.1728.2018 z dnia 15.10.2018 r. oraz sprawozdanie z badań nr 083/078/18/LHK/M z dnia 28.11.2018 przeprowadzone przez akredytowane laboratorium Zakładu Bezpieczeństwa Zdrowotnego Środowiska – pomiar bioluminescencji materiału TPU (poliuretan termoplastyczny). Sprawozdanie zawiera wynik migracji ogólnej (etanolu), migracji specyficznej metali ciężkich (bar, kobalt, miedź, żelazo, lit, mangan, cynk), migracji specyficznej pierwszorzędowych amin aromatycznych, migracji specyficznej ftalanów.

Zamawiający pismem z dnia 18.06.2019 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów – atestu PZH wraz ze sprawozdaniem z badań. Przedłożony atest nie zawierał informacji o zastosowaniu technologii antybakteryjnej i antygrzybowej, a w załączonym wyniku badań (w tym na migrację) brakuje informacji o występowaniu w wyrobie srebra, o którym informuje wykonawca w swoim własnym oświadczeniu załączonym do karty charakterystyki wyrobu. Składając dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Wykonawca przedłożył własne oświadczenie o zastosowaniu w wyrobie dodatków srebra, jako technologii antybakteryjnej i antygrzybowej. Oświadczenie nie wskazuje substancji ani formy zastosowanego srebra, co również nie zostało uwzględnione w atęcie w pkt: „Zawierający/containing”. Zamawiający wezwał do złożenia atestu

zawierającego informacje o zastosowaniu – w tym przypadku srebra – w formie i ilościach bezpiecznych dla użytkownika. Ponadto, Zamawiający wezwał do uzupełnienia wyników badań z orzeczeniem wykonanych przez laboratorium akredytowane (wg PN-EN ISO/IEC 17025) na potwierdzenie zgodności zastosowanego materiału z wymaganiami określonymi w pkt 3 Wymagań Technicznych (wykonawca przedłożył własne oświadczenie o zgodności materiału).

W odpowiedzi z dnia 27.06.2019 r. Odwołujący przedłożył uzupełniony atest zbiornika hydratacyjnego U57, w którym uzupełniono zakres – zawartość, wskazując: *TPU, dodatek antybakteryjny Microban i inne materiały według deklaracji producenta*. Wraz z certyfikatem przedłożony został raport z badań microban z 30.05.2019 r. (próbka TPU Liner 3,5 % IB14-1823-100). Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy produkt zawiera dodatek przeciwdrobnoustrojowy microban na bazie srebra w formie jonowej (nie jest to nanosrebro). Załączony został raport z badań migracji srebra ze zbiornika hydratacyjnego U57 do wody przeznaczonej do spożyci przeprowadzonych przez Doktora Nauk Chemicznych L. T. oraz raport z badań przeciwbakteryjnych microban przeprowadzonych zgodnie z normą ISO 22196:2011. Wykonawca poinformował, iż nie jest możliwe uzyskanie orzeczenia wystawionego przez laboratorium akredytowane Instytutu Technologii Moratex dla materiału TO-2 spełniającego wymagania produkowanego przez firmę OPTEX S.A.

Zamawiający przedłożył na rozprawie sprawozdanie z badań próbki systemu hydratacyjnego TPU 3I prezentujące między innymi wynik migracji specyficznej pierwiastków, w tym srebra, przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. oraz sprawozdanie z badania tkaniny TOG-2 woodland przeprowadzonego w akredytowanym laboratorium Krajewski Laboratorium.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W sprawie spór dotyczył prawidłowości oceny oferty Odwołującego pod kątem wykazania, iż zaoferowany produkt – pojemnik plecakowy 3 l. (zbiornika hydratacyjnego U57) spełnia wymagania Zamawiającego. Ponieważ złożone dokumenty, w ocenie Zamawiającego, nie spełniały warunków opisanych w siwz, Zamawiający nie mógł na ich podstawie potwierdzić bezpieczeństwa produktu. Wykonawca nie złożył bowiem raportów z badań wykonanych przez niezależną jednostkę badawczą posiadającą akredytację, na potrzeby uzyskania atestu PZH. Zamawiający nie kwestionował ważności atestu, mając jednak na uwadze opisany w siwz sposób weryfikacji spełniania wymagań oferowanego produktu, konieczne było przedłożenie dodatkowo wyników badań – sprawozdań z badań przeprowadzonych na

okoliczność wydania atestu. Odwołujący wywodził, iż zapis siwz nie był w tym zakresie precyzyjny, gdyż wskazywał na konieczność przedłożenia sprawozdania przygotowanego przez PZH, a instytucja ta takich dokumentów nie wystawia. Jednocześnie Odwołujący składając dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy wraz z atestem przedłożył sprawozdania z wyników badań wykonanych przez akredytowane laboratorium Instytutu Technologii Bezpieczeństwa MORATEX próbki tkaniny TO-2 WOTS WD oraz akredytowane laboratorium Zakładu Bezpieczeństwa Zdrowotnego Środowiska – pomiar bioluminescencji materiału TPU (poliuretan termoplastyczny).

W ocenie Izby prezentowana w odwołaniu argumentacja została przygotowana wyłącznie na potrzeby wykazania braku uzasadnienia dla decyzji Zamawiającego i nie miała przełożenia na sposób rozumienia zapisu siwz na etapie złożenia oferty. Rozumienie zapisu siwz w sposób przedstawiony przez Odwołującego było sprzeczne z doświadczeniem wskazującym, iż wyniki badań – sprawozdania z badań, nie są sporządzane przez PZH, który wydaje atest w oparciu o deklaracje wykonawcy oraz akceptowalne dane materiałowe oraz wyniki badań laboratoryjnych potwierdzających, że wyroby nie wpływają niekorzystnie na jakość kontaktującej się z nimi wody i jej bezpieczeństwa dla zdrowia ludzi. Zamawiający celowo podwyższył standard oceny produktu wymagając przedłożenia sprawozdań z badań, na podstawie których miał zostać wydany atest, co stanowiło dodatkową gwarancję właściwej oceny bezpieczeństwa produktu. Wykonawcy nie kwestionowali wcześniej zapisów siwz, co na obecnym etapie postępowania oznaczało, iż Zamawiający zobowiązany był oceniać oferty według ustalonych zasad. Przebieg postępowania potwierdza, iż Odwołujący miał świadomość znaczenia i zakresu wymagań Zamawiającego, gdyż nie tylko zapisy siwz, ale i udzielone odpowiedzi na pytania wykonawców, wskazywały na konieczność potwierdzenia bezpieczeństwa produktu w zakresie opisanym, tj. jakości zdrowotnej produktu (w tym w zakresie migracji), zastosowania technologii antybakteryjnej oraz antygrzybowej oraz dopuszczenia do bezpośredniego kontaktu z wodą przeznaczoną do spożycia. Z uwagi na zastosowanie w zaoferowanym przez Odwołującego wyrobie dodatku przeciwdrobnoustrojowego microban na bazie srebra w formie jonowej, sprawozdania z badań miały również potwierdzać wynik migracji specyficznej srebra potwierdzone badaniem przeprowadzonym w akredytowanym laboratorium. Zapis siwz należało interpretować całościowo, odnosząc do sprawozdań z badań, zapis wskazujący na laboratorium akredytowane przez PCA. Interpretacja fragmentaryczna opisu: „aktualnego atestu zdrowotnego wraz ze sprawozdaniem/sprawozdaniem z badań wykonanych na okoliczność wydania atestu – dokumenty wydane przez NIZP-PZH” prowadziła do błędnych wniosków, niedających się pogodzić z rzeczywistym zakresem dokumentów wystawianych przez PZH. Strony były zgodne co do tego, iż atesty wystawiane są na podstawie deklaracji producenta,

a tym samym nie można oczekiwać, iż PZH przeprowadza i sporządza raporty z badań. Sprawozdania takie mogą natomiast być uzyskane po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych, co zresztą potwierdzają przedłożone w toku rozprawy dowody – m.in. raport J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. Co istotne dla niniejszej sprawy, nie mogło być skutecznym uzupełnienie dokumentów – sprawozdań z badań, sporządzonych już po wystawieniu atestu, gdyż zgodnie z jednoznacznym zapisem siwz, sprawozdania te miały być przygotowane na okoliczność wydania atestu. Odwołujący natomiast sam przyznał, iż sprawozdania zostały przygotowane z ostrożności na potrzeby Zamawiającego, a tym samym nie były przedkładane przed wydaniem atestu. Ponadto badania nie były przeprowadzone przez akredytowane laboratorium, co dodatkowo stanowiło przeszkodę do uznania przez Zamawiającego, iż złożone dokumenty potwierdzają wymagania podyktowane potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa oferowanych produktów. Sama deklaracja Odwołującego nawiązania współpracy z producentem i jego gotowości dostarczenia produktu spełniającego normy, na etapie oceny oferty nie mogła zastąpić wymaganych sprawozdań z badań przygotowanych przez akredytowane laboratorium.

W świetle powyższego Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana w zgodzie z ustalonymi w postępowaniu warunkami oceny zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący również na wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie przedłożył wymaganych raportów (w zakresie potwierdzającym wymagania Zamawiającego), a sam atest nie mógł zastępować sprawozdania z badań, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej weryfikacji zgodności oferty z siwz.

Na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w wysokości ustalonej na podstawie przedłożonych rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty noclegu pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: