

WYROK
z dnia 15 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Pupil Foods Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 63-460 Nowe Skalmierzyce, ul. 3 Maja 16** w postępowaniu prowadzonym przez **Schronisko dla Bezdomnych Zwierząt, 02-147 Warszawa, ul. Paluch 2,**

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pupil Foods Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 63-460 Nowe Skalmierzyce, ul. 3 Maja 16 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca - Pupil Foods Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowych Skalmierzycach, odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Schronisko dla Bezdomnych Zwierząt z siedzibą w Warszawie, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę karmy suchej dla psów i kotów ze Schroniska.”

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.04.2013 r., pozycja 132686.

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp i wniósł o powtórzenie postępowania z następujących powodów:

- 1) niezgodne z Pzp odrzucenie oferty odwołującego mimo dostarczenia wszystkich wymaganych dokumentów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”,
- 2) nieprawidłowe działanie zamawiającego przez bezzasadne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentacji przetargowej o dokumenty, które nie były określone w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący podał, co następuje.

- 1) w dniu 04.04.2013 r. zamawiający ogłosił przetarg na dostawę suchej karmy dla schroniska. SIWZ określała warunki, jakie musi spełniać wykonawca oraz dokumenty, jakie należy przedłożyć wraz z ofertą. Skarżący w oparciu o SIWZ, złożył w dniu 11.04.2013 r. ofertę wraz z następującymi dokumentami:
 - 2) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,
 - 3) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
 - 4) wykaz osób do kontaktów z zamawiającym.
 - 5) wzór umowy - parafowany,
 - 6) formularz cenowy,
 - 7) zaświadczenie o zawartości białka ogólnego i zwierzęcego,
 - 8) oświadczenie o składzie surowcowym,

- 9) KRS,
 - 10) zaświadczenie z US o niezaleganiu z podatkami,
 - 11) zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu ze składkami,
 - 12) zaświadczenia z KRK (4 sztuki),
 - 13) certyfikaty.
- Dodatkowo: karton z próbkami, etykietami, opakowaniami.

Pismem z dnia 19.04.2013 r. zamawiający wezwał skarżącego do przedłożenia następujących dokumentów:

- 1) zestawienia karma sucha ze wskazaniem nazwy 2 różnych producentów i nazwy oferowanej karmy od 2 różnych producentów,
- 2) zaświadczenia z niezależnego laboratorium o zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w oferowanej karmie,
- 3) próbki oferowanej karmy z aktualna etykietą,
a następnie w dniu 22.04.2013 r. wezwał do przedłożenia:
 - 1) próbki oferowanej karmy w jak najmniejszym oryginalnym opakowaniu z aktualną etykietą oraz
 - 2) zaświadczenia, iż laboratorium Pet Lab Sp. z o.o. jest koncesjonowane i niezależne.

W odpowiedzi, skarżący pismem z dnia 24.04.2013 r. zwrócił zamawiającemu uwagę, że wezwanie nie znajduje oparcia w SIWZ, jak również w ustawie Pzp oraz wydanym na jego podstawie rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Mimo tego zamawiający w dniu 26.04.2013 r., powołując się na art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił ofertę skarżącego - nieuzupełnienie brakujących dokumentów, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentacji - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skarżący nie zgodził się z samym rozstrzygnięciem, jak i jego uzasadnieniem, podnosząc następujące argumenty.

Zgodnie z SIWZ dotyczącą ww. zadania, w tym punkt VI F g.1, wykonawca zobowiązany był dostarczyć „próbki, opisy lub fotografie” (dowód nr 2 - strona z SIWZ) oferowanej karmy. Sformułowanie to jednoznacznie wskazuje, że wybór, czy dostarczy próbki, opisy czy też dostarczy fotografie, należy do wykonawcy. W oparciu o ten opis SIWZ skarżący wybrał i dostarczył fotografie. Spełnione tym samym zostały warunki przetargu określone w SIWZ.

Zarzuty powyższe dotyczą również wezwania o zaświadczenie, że Pet Lab Sp. z o.o. jest laboratorium koncesjonowanym i niezależnym. Warunki przetargu, a w szczególności SIWZ nie określały takiego wymogu i skarżący nie był zobowiązany do dostarczenia takiego dokumentu (dowód nr 2 - odpowiednia strona SIWZ). Katalog zamknięty wymogów przetargu, w tym dokumentów żądanych przez zamawiającego zawarty jest w SIWZ.

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, jednoznacznie precyzują kwestie związane z dokumentami żądanymi w przetargach publicznych. Domaganie się w sprawie ww. zaświadczenia pozostaje w rażącej sprzeczności z brzmieniem SIWZ oraz powołanymi przepisami. Odrzucenie oferty na podstawie nieuzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów, które nie były określone w SIWZ, jest działaniem z naruszeniem prawa i podstawą do powtórzenia przetargu.

W tej sytuacji skarżący wniósł, jak w *petitum* odwołania.

II. 1. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 06.05.2013 r. oraz w uzupełnieniu stanowiska z tej samej daty, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i nieobciążanie zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. W uzasadnieniach pism zamawiający wskazał.

Jest to drugie postępowanie prowadzone w tym przedmiocie. W postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Wobec stwierdzonych braków w ofertach, zamawiający wezwał wykonawców do ich uzupełnienia. W ofercie odwołującego stwierdzono braki:

pkt 2. 1 Wymagania ogólne:

- brak zestawienia - karma sucha (wołowina, drób z warzywami) ze wskazaniem nazwy oferowanej karmy od dwóch różnych producentów, czego żądał zamawiający zgodnie z załącznikiem „Zestawienie dla Karma sucha (wołowina, drób z warzywami)”,
- brak próbek oferowanej karmy z aktualną etykietą, czego żądał zamawiający zgodnie z opisem SIWZ w punkcie VI g. 1 próbki, opisy, fotografie, w którym to punkcie SIWZ zamawiający żądał tylko próbek oferowanej karmy,
- brak zaświadczenia z niezależnego laboratorium (raport lub orzeczenie) o zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w oferowanej karmie dla każdego rodzaju karmy i w każdym smaku, czego żądał zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
- odwołujący załączył tylko oświadczenie z Pet Lab w Nowych Skalmierzycach.

Zamawiający wezwał wykonawców w dniu 19 kwietnia 2013 r. do złożenia odpowiednich uzupełnień. Odwołujący złożył zestawienie dla - karma sucha (wołowina, drób z warzywami) ze wskazaniem nazwy oferowanej karmy od 2 różnych producentów. Faksem przesłał zaświadczenia wydane przez Pet Lab Sp. z o.o., ul. 3 Maja 16, 63-480 Nowe Skalmierzyce, w których zmieniono nazwę dokumentu zastępując wyraz oświadczenie wyrazem zaświadczenie oraz datę z 16.04.2013 r. na 19.04.2013 r. Jednocześnie wykonawca zgłosił gotowość przesłania próbek karmy, jeżeli jest taka konieczność, oczekując nowego i realnego terminu. W dniu 22.04.2013 r. odwołujący ponownie został wezwany (2 raz) do uzupełnienia dokumentacji: próbek oferowanej karmy w jak najmniejszym opakowaniu

oryginalnym z aktualną etykietą - czego żądał zamawiający zgodnie z SIWZ pkt VI, g.1 oraz zaświadczenia niezależnego laboratorium. We wskazanym punkcie SIWZ zamawiający żądał tylko próbek oferowanej karmy.

Zamawiający wskazał, że dane adresowe odwołującego będące tożsamymi z danymi laboratorium, budziły wątpliwości zamawiającego, co do niezależności laboratorium. We władzach spółki odwołującej, jak i laboratorium została wskazana ta sama osoba, tj. pan S..... S..... A..... Również wątpliwości zamawiającego budziła forma dokumentów przedstawiających wyniki badań, w kontekście postanowień § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r.

Zatem, zamawiający wezwał ponownie odwołującego do uzupełnienia dokumentacji o próbki karmy i potwierdzenia w formie pisemnej, że laboratorium z którego dostarczono pierwotnie oświadczenia, a na wezwanie zamawiającego zaświadczenia, jest laboratorium niezależnym koncesjonowanym. W dniu 24.04.2013 r., tj. w nowym terminie uzupełnienia dokumentacji, po drugim wezwaniu, odwołujący nie dostarczył wymaganych próbek karmy i zaświadczenia, że laboratorium to laboratorium koncesjonowane i niezależne. Przesłał jedynie pismo drogą faksową, w którym nazwę punktu SIWZ potraktował, jako wymaganie zamawiającego, a wymagania zawarte w tym punkcie „próbki oferowanej karmy” pominął. W efekcie odwołujący nie dostarczył próbek oraz uznał, że żądanie zaświadczenia o niezależności laboratorium jest bezzasadne, co zamawiający uznał, za odmowę poddania się badaniu niezależności.

W piśmie uzupełniającym zamawiający podał, że w uzupełnieniu oferty przetargowej, w wykazie karmy sucha (wołowina, drób z warzywami) ze wskazaniem nazwy oferowanej karmy od 2 różnych producentów, odwołujący podał 2 producentów, tj. obok odwołującego firmę Petfarm Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim. Firma ta nie została wykazana w wykazie Głównego Inspektora Weterynaryjnego zakładów wytwarzających karmę dla zwierząt domowych. Ze względu na rodzaj produkcji, nawet w przypadku małych opakowań, firma ta musi być pod kontrolą weterynaryjną i posiadać weterynaryjny numer identyfikacyjny. Wskazana firma nie posiada takiego numeru, jako producent karmy, jedynie prowadzi obrót karmą.

Ponadto, we władzach spółek (odwołującego i laboratorium oraz Petfarm Sp. z o.o.) figuruje ta sama osoba, tj. pan S..... S..... A..... Również osoba ta jest także udziałowcem firmy Petfarm Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą pod tym samym adresem, co Petfarm Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła.

Dla oceny zarzutów odwołania istotne znaczenie mają następujące postanowienia SIWZ:

- 1) w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił, że: przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa karmy bytowej suchej dla psów i kotów ze schroniska w 2013 r. oraz karmy geriatrycznej dla psów ze schroniska (w ilościach podanych w zależności od wieku zwierzęcia); karma sucha w dwóch rodzajach pochodząca od dwóch różnych producentów w tej samej cenie w ramach jednego asortymentu;
- 2) w opisie *Przedmiotu zamówienia*, stanowiącym załącznik do SIWZ, zamawiający wymagał, aby składniki karmy zostały potwierdzone oświadczeniem oferenta, poza aktualnymi wynikami badań z niezależnego laboratorium odnośnie zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w oferowanym asortymencie (skład surowców zgodny z recepturą i technologią produkcji). Badanie nie może być przeprowadzone później niż 6 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania;
- 3) w opisie - w pkt VI. *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*, zamawiający żądał załączenia:
 - ppkt a. 8 - zaświadczenia z niezależnego laboratorium o zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w karmie, wykonanego nie później niż na 6 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania;
 - ppkt g. - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do oferty należało dołączyć:
 - g. 1 próbki, opisy lub fotografie
 - próbki oferowanej karmy w opakowaniach nie większych niż 1 kg.

Oferując 20 rodzajów karmy odwołujący załączył do oferty:

- próbkę karmy jednego rodzaju o wadze 3 kg, najmniejszej jaką posiadał oraz
- oświadczenia Pet Lab Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach z dnia 19.04.2013 r., że zawartość białka ogółem i białka zwierzęcego, wyrażonego w procentach, ustalono w karmie na podstawie receptury i składu przesłanego przez odwołującego.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp:

1. Pismem z 19.04.2013 r. do złożenia, w zakresie objętym sporem:

- zaświadczenia z niezależnego laboratorium (raport lub orzeczenie) o zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w oferowanej karmie,
- próbki oferowanej karmy z aktualną etykietą.

W odpowiedzi odwołujący wskazał w piśmie z dnia 22.04.2013 r., że przekazuje:
2) zaświadczenia o ilości białka pochodzenia zwierzęcego i białka w oferowanych produktach,
3) zdjęcia karm i aktualne etykiety.

Powołując się na postanowienia SIWZ pkt VI, ppkt g. 1, odwołujący wskazał w końcowej części pisma, że miał prawo wyboru - dostarczenia próbek lub fotografii oraz, że termin dostarczenia próbek jest nierealny, nie wskazując przy tym terminu odpowiadającego odwołującemu.

2. Pismem z 22 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty przez złożenie:

- próbki oferowanej karmy w jak najmniejszym oryginalnym opakowaniu z aktualną etykietą,
- zaświadczenia, iż laboratorium Pet Lab Sp. z o.o., ul. 3 Maja 16, 63-430 Nowe Skalmierzyce, to laboratorium koncesjonowane, niezależne
- w terminie do dnia 24.04.2013 r. do godz. 12:00.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący podniósł ponownie, że zgodnie z postanowieniami SIWZ miał prawo wyboru rodzaju potwierdzenia zgodności oferowanej karmy z wymaganiami SIWZ.

Odnosnie żądania określenia charakteru laboratorium, odwołujący wskazał, że w SIWZ nie zamieszczono takiego wymogu.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazując uzasadnienie faktyczne czynności: mimo wysłania prośby o uzupełnienie dokumentacji oferent nie przedłożył;

- próbek karmy,
- jak i również, że wykonane badania o zawartości białka są badaniami wykonanymi w laboratorium niezależnym.

W odwołaniu odwołujący przedstawił zarzuty: -niezgodne z Pzp odrzucenie oferty, mimo dostarczenia wszystkich wymaganych dokumentów określonych w SIWZ, -nieprawidłowe, bezzasadne wezwanie do uzupełnienia dokumentacji przetargowej o dokumenty, które nie były określone w SIWZ. W uzasadnieniu odwołania powtórzył dwa przepisy Pzp, które

zamawiający podał w zawiadomieniu o czynności odrzucenia oferty odwołującego (art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2).

Z okazanych na rozprawie dokumentów wynika, że: -zaświadczenia z dnia 19.04.2013 r. zostały złożone przez odwołującego w miejsce oświadczeń Pet Lab Sp. z o.o. Sp. k. załączonych do oferty oraz -zdjęcia karm zostały przedstawione na 10. stronach formatu A-4, (po dwa zdjęcia na jednym arkuszu). Z zaświadczeń wynika, że zawartość białka ogółem i białka zwierzęcego w karmie ustalono na podstawie receptury i składu przesłanego przez odwołującego. W zakresie zdjęć stwierdzono, że czytelna jest tylko nazwa nad zdjęciami, z której wynika, że są to karmy dla psów i kotów oddzielnie z wołowiną i drobiem. Etykiety są nieczytelne.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko potwierdzając, że nie przeprowadzono badań w zakresie białka zwierzęcego, wpisano je w początkowych oświadczeniach, a późniejszych zaświadczeniach, na podstawie receptury, to jest dokumentów przekazanych przez odwołującego, ponieważ w Polsce nie przeprowadza się badań laboratoryjnych wyodrębniających białko pochodzenia zwierzęcego.

Wskazał, że laboratorium przeprowadziło badanie odnośnie białka ogółem.

Zamawiający wyjaśnił, że w pkt VI, ppkt g. 1 SIWZ wymagał próbek oferowanej karmy w opakowaniach nie większych niż 1 kg. Wykonawca miał zaoferować w sumie 20 rodzajów karmy i przekazać ich próbki wraz z oryginalną etykietą. Wyjaśnił, że wraz z ofertą odwołujący złożył jedną próbkę o wadze 3 kg dotyczącą jednego rodzaju karmy. Zamawiający oczekiwał dołączenia jeszcze 19 próbek.

W ofercie przetargowej nie zostały złożone zaświadczenia o zawartości białka ogólnego i zwierzęcego w karmie.

Wskazał, że z uzyskanych informacji wynika, iż badania zawartości białka zwierzęcego w karmie wykonuje tylko Państwowy Instytut Weterynaryjny -Państwowy Instytut Badawczy w Puławach.

Natomiast wątpliwości zamawiającego, co do charakteru laboratorium powstały na skutek takiego samego adresu odwołującego i laboratorium oraz ustalenia tego samego wspólnika w obu spółkach.

Zamawiający załączył do złożonych pism odpisy KRS spółek: odwołującego Pupil Foods Sp. z o.o.; Pet Lab Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą obu spółek - Nowe Skalmierzyce, ul. 3 Maja 16; Petfarm Sp. z o.o.; Petfarm Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą obu spółek - Ostrów Wielkopolski, ul. Wołyńska 8. Z dokumentów wynika powiązanie osobowo-kapitałowe spółek. Producentami

oferowanej karmy wskazanymi przez odwołującego w ofercie są - odwołujący Pupil Foods Sp. z o.o. i Petfarm Sp. z o.o. Oświadczenia/zaświadczenia zostały wystawione przez Pet Lab Sp. z o.o. Sp. k.

Zamawiający wskazał, że nie jest to laboratorium niezależne w znaczeniu przyjętym w SIWZ, przez które należy rozumieć takie laboratorium, które nie ma żadnych powiązań z żadnym z producentów.

Z tego powodu żądał potwierdzenia, że wystawcą zaświadczeń jest laboratorium niezależne.

Odwołujący nie zastosował się do drugiego wezwania, uznając je za niezasadne.

Na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych, Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Jako jeden z trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu, złożył ofertę z najniższą ceną. Wykazanie zasadności naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, mogłoby skutkować uzyskaniem przez odwołującego zamówienia.

W ocenie Izby, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie wobec niewykazania przesłanek, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy, tj. naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniła fakt orzekania wyłącznie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz, że zarzutem jest czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, ze wskazaniem naruszonego przepisu ustawy.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ostatni przepis zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek (niż pisarskie i rachunkowe, które bezwzględnie poprawia), polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zatem, odrzucenie oferty ma miejsce wówczas, gdy poprawienie oferty we wskazanym trybie nie jest możliwe.

W myśl art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez

oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ.

Katalog dokumentów wynika z przepisów 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, wskazujących w § 6 ust. 1, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego; 2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Niewątpliwie, żądanie zamieszczone w opisie SIWZ zobowiązujące wykonawców do załączenia:

- próbek oferowanej karmy w opakowaniach nie większych niż 1 kg (pkt VI SIWZ, ppkt g. 1,
- zaświadczenia z aktualnymi wynikami badań z niezależnego laboratorium odnośnie zawartości białka ogólnego i białka zwierzęcego w oferowanym asortymencie (skład surowców zgodny z recepturą i technologią produkcji) - opis *Przedmiotu zamówienia*, stanowiący załącznik do SIWZ i pkt VI, ppkt a. 8 SIWZ
- ma uzasadnienie w postanowieniach rozporządzenia, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego.

Nie jest kwestią sporną, że odwołujący nie załączył do oferty, zarówno próbek, za wyjątkiem jednej 3 kg oraz zaświadczeń z aktualnymi wynikami badań z niezależnego laboratorium.

Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (obligatoryjne przed zastosowaniem konsekwencji wobec wykonawcy), odwołujący niezasadnie uznał, że ma prawo wyboru sposobu potwierdzenia wymagań zamawiającego przez załączenie nieczytelnych fotografii, w sytuacji, gdy składając ofertę załączył tylko jedną próbkę karmy, a nie fotografie, wobec żądania zamawiającego załączenia *próbki oferowanej karmy w opakowaniach nie większych niż 1 kg*, w zakresie wszystkich rodzajów oferowanej karmy.

Zamiast żądanych zaświadczeń z aktualnymi wynikami badań, odwołujący załączył oświadczenia wystawione na podstawie receptury i składu przesłanego przez odwołującego, nie wskazujące faktu przeprowadzenia badań wymaganych w SIWZ oraz bez możliwości identyfikacji osoby składającej oświadczenie. Słuszne jest stanowisko zamawiającego, co do różnicy oświadczeń i zaświadczeń (choćby według Kpa - Wydawanie zaświadczeń, art. 217 i następane). Na wezwanie zamawiającego, oświadczenia zostały zmienione na

zaświadczenia przez zastąpienie jednej nazwy drugą. Zamawiający przyjął w konsekwencji zaświadczenia, co wynika z zawiadomienia z dnia 26.04.2013 r., w którym wskazano inne podstawy odrzucenia oferty.

Na drugie wezwanie, również w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia próbek oraz potwierdzenia niezależności laboratorium, odwołujący zareagował negatywnie, mimo że w jednym i drugim wezwaniu zamawiający żądał uzupełnienia próbek w związku z opisem zamieszczonym w SIWZ, nie wskazując wagi próbki, w ostatnim wezwaniu podał, w *jak najmniejszym oryginalnym opakowaniu*.

Żądanie zaświadczenia wystawionego przez niezależne laboratorium, znajduje podstawę w opisach zamieszczonych w SIWZ - pkt VI, ppkt a. 8 i opis przedmiotu zamówienia, załącznik do SIWZ.

Jednakże żądanie złożenia zaświadczenia dotyczącego potwierdzenia niezależności laboratorium (koncesjonowane, niezależne), dokumentu niewskazanego w SIWZ, należało uznać w ocenie Izby, za nieuzasadnione w świetle przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W przedstawionej sytuacji właściwsze byłoby wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, aczkolwiek powiązanie producentów karmy z laboratorium, które wystawiło oświadczenia zastąpione jedynie z nazwy zaświadczeniami, wskazuje na brak niezależności, przez którą należy rozumieć brak jakiegokolwiek zależności od podmiotu, którego produkt jest poddany ocenie laboratoryjnej.

Wobec ustaleń dokonanych przez zamawiającego: odwołujący (producent) - laboratorium i w tym kontekście, stanowiska odwołującego wyrażonego w piśmie z dnia 24.04.2013 r. oraz nie zakwestionowania i nie podważenia ustaleń zamawiającego przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zdaniem Izby, należało uznać, że naruszenie przez zamawiającego przepisu Pzp przez żądanie wskazanego zaświadczenia, nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotnym wpływem na wynik postępowania jest wpływ skutkujący, w razie uwzględnienia odwołania, wyborem, jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy (art. 192 ust. 2 Pzp).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy znaczenie ma w szczególności fakt, że istotę odrzucenia oferty stanowiło obok - nie uzupełnienia dokumentacji, że *wykonane badania o zawartości białka są badaniami wykonanymi w laboratorium niezależnym* (a nie brak dokumentu wskazanego w pkt 2 tabeli zamieszczonej w piśmie zamawiającego z dnia 22.04.2013 r., tj. kwestionowanego zaświadczenia, że laboratorium (...) to laboratorium koncesjonowane, niezależne) - także nie przedłożenie próbek karmy.

Mając na uwadze, że brak potwierdzenia zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami opisanymi w SIWZ, bez możliwości poprawienia tego braku przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowi podstawę odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba, uwzględniając przepisy art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku oraz przepisów 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: