

WYROK
z 2 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 28 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 kwietnia 2021 r. przez D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BDMED D. S. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BDMED D. S. z siedzibą w Białymstoku i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Sukcesywne dostawy medycznych środków materiałowych”, numer: WOFiTM/6/2021/PN, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 254-639167. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 kwietnia 2021 r. D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BD MED D. S. z siedzibą w Białymstoku (Dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie dotyczące pakietu 31 postępowania, w którym zaskarżyła niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie oznakowania znakiem CE mimo, iż treść oferty Zamawiającego odpowiada SIWZ,
2. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Hero T. G., która w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w SIWZ.

Odwołujący wnioskował o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty,
2. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wnioskował ponadto o:

1. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,
2. przeprowadzenie dowodów z:
 - I. dokumentów:
 - a. deklaracji zgodności UE (certyfikat numer 2163-PPE-1592) dotyczącą butów,

- b. deklaracji zgodności UE dotyczącej półmasksi filtrującej ABJ-400FC wraz z certyfikatem badania typu UE oraz certyfikatem zgodności z typem w oparciu o wewnętrzną kontrolę produkcji oraz nadzorowane kontrole produktu w losowych odstępach czasu,
 - c. deklaracji zgodności WE dotyczącej gogli ochronnych PP-07,
 - d. deklaracji zgodności UE dotyczącej kombinezonu wraz z certyfikatem nr 2163-PPE-1782,
 - e. karty katalogowej IZOB,
 - f. karty produktu – półmasksi filtrującej FFP3 NR, MODEL: ABJ-400FC,
 - g. karty katalogowej kombinezonu ochronnego,
 - h. karty katalogowej ochraniaczy na obuwiu,
 - i. karty produktu gogli PP-07,
 - j. 24-stronnicowego raportu technicznego dotyczącego wszystkich komponentów wchodzących w skład zestawu IZOB,
- II. Fotografii przedstawionych w toku postępowania przez Wykonawcę tj.
- a. pełnego zestawu produktu IZOB z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu (załączono dwie fotografie z „przodu” i z „tyłu”)
 - b. fotografii kombinezonu w opakowaniu z wyraźnym zaznaczeniem znaku CE na opakowaniu,
 - c. fotografii maski, w tym w opakowaniu, z wyraźnym oznaczeniem znaku CE na masce i opakowaniu,
 - d. fotografii ochraniaczy na buty, w tym w opakowaniu wykonaną „z przodu” i z „tyłu” z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu,
 - e. fotografii gogli z obu stron z wyraźnym oznaczeniem znaku CE,
 - f. fotografii rękawic, w tym opakowania widocznego z obu stron.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

16 kwietnia 2021 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu oferty ze wskazaniem jako podstawy prawnej art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto, został poinformowany o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Hero T. G. . Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie oznakowania znakiem CE. Według Zamawiającego z analizy karty katalogowej IZOB, karty katalogowej kombinezonu ochronnego, dokumentacji zdjęciowej kombinezonu nie wynikało, że produkt był oznakowany znakiem CE zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony

indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 81, str. 51), co oznaczało, że oferta Odwołującego nie była zgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia i nie spełniała wymagań Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie zostały wypełnione wobec jego oferty.

Pakiet nr 31 (zgodnie z Załącznikiem 5 do SIWZ) zdefiniowany został jako Indywidualny Zestaw Ochrony Biologicznej zgodnie z następującymi wytycznymi:

Indywidualny Zestaw Ochrony Biologicznej typu 001. Skład zestawu: kombinezon ochrony biologicznej 1 szt., półmaska filtrująca (klasy P3) 1 szt., okulary ochronne 1 szt., rękawice nitrylowe 4 szt. nakładki na buty 2 szt., worek na odpady medyczne 1 szt.

Kombinezon musi spełniać wymagania:

- zgodność z normą PN-EN 14126 – Odzież ochronna,
- odporność na przenikanie skażonej cieczy pod ciśnieniem – klasa 4 lub wyżej,
- odporność na rozdieranie i na przekłucie wg EN 14325:2018 (klasa 1),
- rękawy wykończone elastyczną taśmą zabezpieczającą,
- zamek błyskawiczny kryty listwą,
- posiadać deklarację zgodności z na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
- oznakowanie znakiem CE,
- ŚIO klasy 3 Półmaska ochronna klasy FFP3 musi spełniać wymagania,
- zgodność z normą: PN-EN 140:2001/Ap1:2003 - Sprzęt ochrony układu oddechowego – Półmaski i ćwierćmaski lub normą PN-EN 149+A1:2010 - Sprzęt ochrony układu oddechowego – Półmaski filtrujące do ochrony przed cząstkami,
- zacisk nosowy, lub odpowiednio wyprofilowana część nosowa czaszy półmaski,
- zawór wydechowy,
- wytrzymałe taśmy nagłowia wykonane z gumy pasmanteryjnej lub lateksowej lub innego materiału tekstylnego,
- posiadać deklarację deklaracja zgodności na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
- oznakowanie znakiem CE,
- ŚIO klasy 3 Okulary ochronne muszą spełniać wymagania,
- zgodność z normą EN 166:2002-04,
- posiadać deklarację zgodności z na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
- oznakowanie znakiem CE Rękawice nitrylowe muszą spełniać wymagania,
- zgodność z normą: EN 374,

- posiadać deklarację deklaracja zgodności na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
- oznakowanie znakiem CE,
- ŚIO klasa 3 Nakładki na buty muszą spełniać wymagania,
- zgodność z normą PN-EN 14126 – Odzież ochronna,
- posiadać deklarację zgodności z na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
- oznakowanie znakiem CE,
- ŚIO klasy 3.

Zamawiający w pkt 4 (ppkt 10, 11, 12) SIWZ przewidział, że celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu Zamawiający może zażądać następujących dokumentów, które Wykonawca najwyżej oceniony będzie zobowiązany złożyć na wezwanie Zamawiającego:

10. instrukcji użytkowania, dokumenty potwierdzające spełnienie normy, deklaracja zgodności, certyfikat CE;
11. w zakresie pakietu nr 31, 32, 33 deklaracja zgodności na zgodność z wymaganiami rozporządzeniem UE 2016/425;
12. w zakresie pakietu nr 31, zadania nr 5 z pakietu nr 32, zadania nr 1, 6 i 7 z pakietu nr 33 dokumentacja fotograficzna, oznakowanie CE produktu i opakowania.

W toku postępowania Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, przedstawił następujące dokumenty dotyczące zakwestionowanej przez Zamawiającego niezgodności:

1. deklarację zgodności UE (certyfikat numer 2163 PPE-1592) dotyczącą butów,
2. deklarację zgodności UE dotyczącą półmasksi filtrującej ABJ-400FC wraz z certyfikatem badania typu UE oraz certyfikatem zgodności z typem w oparciu o wewnętrzną kontrolę produkcji oraz nadzorowane kontrole produktu w losowych odstępach czasu,
3. deklarację zgodności WE dotyczącą gogli ochronnych PP-07,
4. deklarację zgodności UE dotyczącą kombinezonu wraz z certyfikatem nr 2163-PPE-1782,
5. kartę katalogową IZOB,
6. kartę produktu – półmasksi filtrującej FFP3 NR, MODEL: ABJ 400FC,
7. kartę katalogową kombinezonu ochronnego,
8. kartę katalogową ochraniaczy na obuwiu,
9. kartę produktu gogli PP-07,
10. 24-stronnicowy raport techniczny dotyczący kombinezonu wchodzącego w skład zestawu IZOB.

W trakcie postępowania Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów „w zakresie asortymentu wchodzącego w skład pakietu nr 31, dokumentacja fotograficzna, oznakowanie znakiem CE produktu i opakowania dla wszystkich części składowych pakietu”. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający złożył dokumentację fotograficzną w zakresie:

1. Pełnego zestawu produktu IZOB z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu (załączono dwie fotografie z „przodu” i z „tyłu”) – informacyjnie wskazując, że wszystkie części składowe produktu znajdują się w jednym opakowaniu zbiorczym; oraz w zakresie jego komponentów:
2. Fotografię kombinezonu w opakowaniu z wyraźnym zaznaczeniem znaku CE na opakowaniu,
3. Fotografię maski, w tym w opakowaniu, z wyraźnym oznaczeniem znaku CE na masce i opakowaniu,
4. Fotografię ochraniaczy na buty, w tym w opakowaniu wykonaną „ z przodu” i z „tyłu” z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu,
5. Fotografię gogli z obu stron z wyraźnym oznaczeniem znaku CE,
6. Fotografię rękawic, w tym opakowania widocznego z obu stron.

Zamawiający w oparciu o wyżej przedstawione dokumenty uznał jednak, że treść oferty nie odpowiadała specyfikacji. Zamawiający wskazał, że „z analizy karty katalogowej IZOB, karty katalogowej kombinezonu ochronnego, dokumentacji zdjęciowej kombinezonu nie wynika, że produkt jest oznakowany znakiem CE zgodnie z rozporządzeniem”. Tym samym uznał, że oferta nie była zgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Punktem spornym okazał się jeden z komponentów produktu tj. kombinezon, który według Zamawiającego nie był oznakowany znakiem CE zgodnie z rozporządzeniem, a przynajmniej według Zamawiającego nie wynikało to z przedstawionych dokumentów.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu deklarację zgodności UE dotycząca kombinezonu wraz z certyfikatem nr 2163-PPE-1782. Z deklaracji tej wyraźnie wynikało, że dokumentacja techniczna producenta i produkt spełniały wymagania w zakresie zdrowia i bezpieczeństwa określone w załączniku II do Rozporządzenia. Wskazano jakie normy zharmonizowane zostały spełnione, nadto że produktowi można nadać znak CE. Odwołujący przedstawił również szczegółowy, 24-stronnicowy, przetłumaczony na język polski, raport z oceny technicznej dotyczący kombinezonu ochronnego, który objaśniał m.in. zastosowane normy, oznakowanie, informacje o rozmiarze, zastosowane materiały, instrukcje użytkowania czyli wszelkie szczegółowe informacje dotyczące produktu, potwierdzające spełnienie wszelkich norm.

Oznaczenie CE wyraźnie widoczne było na fotografii opakowania kombinezonu przedstawionej przez Odwołującego w toku postępowaniu. Oznaczenie CE widoczne było również na fotografii całego zestawu produktu IZOB, który to zestaw zawierał wszystkie komponenty zestawu, w tym kombinezon ochronny.

Odwołujący wskazał, że z karty katalogowej kombinezonu nie musiało wynikać oznaczenie CE gdyż karta katalogowa co do zasady zawierała najważniejsze informacje na temat produktu. Fakt ten przyznał sam Zamawiający wskazując w treści SIWZ co powinna zawierać karta katalogowa tj. umożliwiać jednoznaczną identyfikację oferowanego asortymentu oraz jego parametrów, zawierać opis techniczny i dane techniczne oferowanego asortymentu – minimum w zakresie wymaganym opisem przedmiotu zamówienia. Karta produktu kombinezonu (co zakwestionował Zamawiający) zawierała informacje na temat producenta, kategorii, spełnienia normy EN 14126, bez spełnienia której, nie można używać oznaczenia CE.

W karcie katalogowej zestawu IZOB wyraźnie wskazano co wchodzi w skład każdego zestawu wraz ze wskazaniem norm, które spełniają o ile taki wymóg w stosunku do danego komponentu istnieje, przy czym każda karta katalogowa zawierała szczegółowe informacje, których wymagał Zamawiający w treści SIWZ. Tym samym ze złożonych przez Odwołującego dokumentów wynikało, że produkt jest oznakowany zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 81, str. 51), co z kolei dowodziło zgodności oferty z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

Skoro na opakowaniu kombinezonu wyraźnie wskazano znak CE to niezrozumiałe było dlaczego Zamawiający stwierdził, że kombinezon tego znaku nie posiadał. Jeżeli zaś jego oczekiwaniem było przedstawienia fotografii oznakowania CE na kombinezonie, to mógł dać temu wyraz w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podkreślił, zgodnie z treścią SIWZ każdy komponent miał zawierać oznaczenie CE, przy czym nie było wymogu wykazywania tego w konkretny, określony sposób. W wezwaniu z 30 marca 2021 roku Zamawiający wskazał, że oczekuje „dokumentacji fotograficznej, oznakowania znakiem CE produktu i opakowania dla wszystkich części składowych pakietu”. Otrzymał zatem fotografię całego zestawu z wyraźnym zaznaczeniem oznaczenia CE, jak również zdjęcia wszystkich opakowań dla części składowych w tym kombinezonu. Jeżeli zaś Zamawiający oczekiwał innego rodzaju informacji powinien był sprecyzować treść swojego wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, bądź sformułować treść wezwania w inny sposób. Wskazać należy, że Zamawiający nie dostrzegł takiego rodzaju niezgodności w przypadku ochraniaczy będących również częścią zestawu. Na fotografii ochraniaczy przedstawionej przez Odwołującego również było brak znaku CE

bezpośrednio na komponentcie. W tym zakresie Zamawiającemu wystarczyła fotografia opakowania, na którym wyraźnie widniało oznaczenie CE, a w SIWZ w taki sam sposób określono wymóg znaku CE, zarówno co kombinezonu jak i ochraniaczy.

25 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie postanowieniami załącznika nr 5 SIWZ przedmiotem zamówienia w ramach pakietu nr 31 jest Indywidualny Zestaw Ochrony Biologicznej, który składa się m.in. kombinezon ochrony biologicznej będący ŚIO klasy 3 (Środka Ochrony Indywidualnej klasy 3).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG (zwanego dalej „rozporządzeniem UE”) Oznakowanie CE umieszcza się na ŚIO w sposób widoczny, czytelny i trwały. W przypadku gdy nie jest to możliwe lub nie jest to uzasadnione z uwagi na charakter ŚOI, umieszcza się je na opakowaniu oraz w dokumentach towarzyszących ŚOI. Mając na uwadze powyższy wymóg dotyczący umieszczenia na ŚIO oznaczenia CE Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 31 jednoznacznie wskazał, że kombinezon ochrony biologicznej musi być oznakowany znakiem CE. W celu, potwierdzenia, że zaoferowane produkty spełniały ww. wymóg, Zamawiający zgodnie z postanowieniem rozdziału X ust. 4 pkt 12 SIWZ żądał złożenia na wezwanie w zakresie pakietu nr 31, zadania nr 5 z pakietu nr 32, zadania nr 1, 6 i 7 z pakietu nr 33 dokumentacja fotograficzna, oznakowanie znakiem CE produktu i opakowania.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wszystkich dokumentów określonych w rozdziału X ust, 4 pkt 12 SIWZ, w tym także do przekazania dokumentacja fotograficzna, oznakowanie znakiem CE produktu i opakowania. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący nie złożył żadnej fotografii produktów i opakowań z oznaczeniami znaku CE.

W związku z powyższym Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP ponownie wezwał Odwołującego do złożenia w zakresie asortymentu wchodzącego w skład pakietu nr 31, dokumentacji fotograficznej oznakowania znakiem CE produktu i opakowania dla wszystkich części składowych pakietu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył jedynie:

1. Fotografie pełnego zestawu produktu IZOB z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu „z przodu” i z „tyłu”,
2. fotografię kombinezonu w opakowaniu z wyraźnym zaznaczeniem znaku CE na opakowaniu,
3. fotografie maski, w tym w opakowaniu, z wyraźnym oznaczeniem znaku CE na masce i opakowaniu,
4. fotografie ochraniaczy na buty, w tym w opakowaniu wykonaną „z przodu” i z „tyłu”

z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu,

5. fotografii gogli z obu stron z wyraźnym oznaczeniem znaku CE,
6. fotografie rękawic, w tym opakowania widocznego z obu stron.

Odwołujący wbrew obowiązkowi wynikającego z wezwań, nie złożył fotografii kombinezonu zawierającego widoczne oznaczenie znaku CE. Zamawiający nie mógł ponownie wezwać wykonawcy do uzupełnienia fotografii z uwagi na fakt, że Odwołujący nie złożył na pierwsze wezwanie żadnej fotografii produktów i opakowań, to Zamawiający został zmuszony skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, ale Odwołujący nie złożył wymaganego zdjęcia potwierdzającego zgodność kombinezonu z OPZ.

W takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Odwołującego ponieważ nie dało się na podstawie fotografii zdjęcia opakowania kombinezonu stwierdzić, czy oferowane przez Odwołującego kombinezony spełniają przewidziany przepisami prawa wymóg oznaczenia produktu znakiem CE na opakowaniu. Na zdjęciu opakowania kombinezonu nie widać pełnego produktu, a na widocznych fragmentach produktu nie jest widoczny znak CE. Tym samym Odwołujący nie potwierdził wymogu przewidzianego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp, zwanej dalej: nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia w zakresie dotyczącym kombinezonu będącego elementem Pakietu nr 31 ustanowił następujące wymogi:

1. zgodność z normą PN-EN 14126 – Odzież ochronna,
2. odporność na przenikanie skażonej cieczy pod ciśnieniem – klasa 4 lub wyżej,
3. odporność na rozdzieranie i na przekłucie wg EN 14325:2018 (klasa 1),
4. rękawy wykończone elastyczną taśmą zabezpieczającą,
5. zamek błyskawiczny kryty listwą,
6. posiadać deklarację zgodności z na zgodność z wymaganiami rozporządzenia UE 2016/425,
7. oznakowanie znakiem CE,
8. ŚIO klasy 3.

Obowiązek oznakowania kombinezonu znakiem CE był niesporny między stronami.

W zakresie istotnym dla sprawy Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

16 marca 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie:

„Zamawiający - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), wzywa Państwa do złożenia niżej wymienionych aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń i dokumentów w zakresie wszystkich części składowych pakietu nr 31 (...)

- 11) w zakresie pakietu nr 31, dokumentacja fotograficzna, oznakowanie znakiem CE produktu i opakowania”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył w ww. zakresie złożył Zamawiającemu zdjęcie kombinezonu w opakowaniu. Opakowanie było w prawidłowy sposób oznakowane znakiem CE, ale Odwołujący nie przedstawił fotografii prezentującej umieszczenie żądanego oznakowania bezpośrednio na kombinezonie. W konsekwencji Zamawiający 2 kwietnia 2021 r. skierował do Odwołującego kolejne wezwanie, na podst. art. 26 ust. 3 Pzp, w którym wskazał:

„Zamawiający wzywa Państwa do uzupełnienia brakujących dokumentów nie złożonych na wezwanie z dnia 16 marca 2021 r. tj.: W zakresie asortymentu wchodzącego w skład pakietu nr 31, dokumentacja fotograficzna, oznakowanie znakiem CE produktu i opakowania dla wszystkich części składowych pakietu”.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie nie złożył wymaganej fotografii prezentującej oznakowany kombinezon.

16 kwietnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, że w ramach pakietu nr 31 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Hero T. G. z siedzibą w Tarnowskich Górach. Zamawiający poinformował również m. in. o odrzuceniu oferty Odwołującego podając jako uzasadnienie co następuje: „Oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oznakowania znakiem CE (...).

Z analizy karty katalogowej IZOB, karty katalogowej kombinezonu ochronnego, dokumentacji zdjęciowej kombinezonu nie wynika, że produkt jest oznakowany znakiem CE zgodnie z powyższym rozporządzeniem. W związku z powyższym oferta nie jest zgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia i nie spełnia wymagań Zamawiającego”.

21 kwietnia 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności odrzucenia swojej oferty z Pakietu nr 31 postępowania. 22 kwietnia 2021 r. Odwołujący złożył pismo uzupełniające do odwołania, do którego załączył m. in. fotografię prawidłowo oznakowanego znakiem CE kombinezonu. Zdjęcie zostało przedstawione: „celem wykazania, że ten komponent zawiera oznaczenie CE co jest oczywiste w związku z przedłożonym zdjęciem kombinezonu w opakowaniu i pozostałymi przedstawionymi przez Wykonawcę dokumentami w sprawie, a jedynie na skutek nieprecyzyjnego określenia przez Zamawiającego w treści SIWZ jak i w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca nie przedłożył tej dokumentacji fotograficznej”.

Odwołujący wskazał ponadto:

„Zestaw IZOB, jak również jego poszczególne komponenty spełniają wszystkie określone w SIWZ, jak również w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 81, str. 51) wymagania, a fakt, że oczekiwania Zamawiającego ujawniły się dopiero na etapie odrzucenia oferty nie może działać na niekorzyść Wykonawcy. Jeżeli Zamawiający poddał w wątpliwość przedłożone przez Wykonawcę dokumenty dotyczące kombinezonu lub innego komponentu w zakresie oznaczenia CE to mógł w wezwaniu wskazać wprost, iż oczekuje dokumentacji fotograficznej każdego elementu zestawu IZOB, na którym widać oznaczenie CE – w opakowaniu i bez. W SIWZ wskazano, że Zamawiający może żądać „dokumentacji fotograficznej, oznakowania znakiem CE produktu i opakowania”. Zwracam uwagę, że nigdzie nie pojawia się definicja

słowa „produkt” wobec czego zastosowane sformułowanie w wezwaniu przez Zamawiającego mogło wprowadzać w błąd.

Na marginesie wskazuję, że w przestrzeni zamówień publicznych funkcjonuje reguła ‘interpretacji na korzyść wykonawcy’ co oznacza, że wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi ogłoszenia o zamówienia i SIWZ, które to zostały zredagowane przez Zamawiającego”.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp była prawidłowa i w pełni uzasadniona.

W obliczu ustalonego stanu faktycznego niewątpliwym jest, że Zamawiający dwukrotnie, bezskutecznie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentacji fotograficznej prezentującej oznakowanie znakiem CE produktu (i opakowania). Wbrew twierdzeniu Odwołującego treść obu wezwań tj. z 16 marca i 2 kwietnia 2021 r. była jasna i jednoznaczna. Ponadto jasny był również przytoczony wyżej wymóg OPZ dotyczący obowiązku oznakowania kombinezonu znakiem CE.

W sytuacji braku złożenia przez Odwołującego żądanej dokumentacji zdjęciowej w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający nie miał innej możliwości, niż uznając ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta czy też stanowiący jej element produkt odpowiada wymogom Zamawiającego przedstawionym m. in. w SIWZ czy OPZ. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp nie złożył wszystkich, koniecznych dowodów zgodności oferty z SIWZ, dlatego też Zamawiający skierował do niego drugie wezwanie, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W wezwaniu tym Zamawiający jasno wskazał jaki element musi zostać uzupełniony, by oferta mogła zostać oceniona jako zgodna z SIWZ i OPZ. Z treści wezwania wprost wynikało też jaka okoliczność budzi wątpliwości Zamawiającego. W tej sytuacji twierdzenie Odwołującego, że treść wezwania była niejasna i wprowadzała w błąd jest całkowicie niezasadne.

Na etapie oceny ofert Odwołujący nie wykazał, by jego oferta odpowiadała wymogom SIWZ i OPZ, zatem Zamawiający odrzucił tą ofertę opierając się na przedstawionych przez Odwołującego dokumentach i dowodach. Izba oceniając zgodność z Pzp podjętej przez Zamawiającego czynności wzięła pod uwagę stan wiedzy Zamawiającego z momentu dokonania tej czynności. Dlatego przedstawienie przez Odwołującego 22 kwietnia 2021 r. wymaganej fotografii potwierdzającej spełnianie wymogu dotyczącego oznakowania kombinezonu należy uznać za spóźnione – ocena ofert została zakończona 16 kwietnia 2021 r.

Okoliczność przedstawienia Zamawiającemu wszystkich wymaganych dokumentów nie ma w tej sytuacji znaczenia. Zamawiający zażądał dokumentacji fotograficznej na potwierdzenie spełniania przez oferowany mu kombinezon określonego warunku. Jeżeli Odwołujący uznał takie żądanie za nadmierne wobec uprawnień przysługujących Zamawiającemu na podstawie Pzp oraz SIWZ to miał prawo wnieść odwołanie przeciwko treści wezwań z art. 26 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Odwołujący jednak tego nie zrobił, zatem jego obowiązkiem było zastosowanie się do tych wezwań (z czego do wezwania z 2 kwietnia 2021 r. pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SIWZ i OPZ dla Pakietu nr 31,
2. Oferty Odwołującego,
3. złożonych w postępowaniu fotografii kombinezonu w opakowaniu,
4. Korespondencji Zamawiającego z Odwołującym, ze szczególnych uwzględnieniem wezwań z 16 kwietnia 2021 r. oraz 2 kwietnia 2021 r.
5. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 16 kwietnia 2021 r.
6. Pisma Odwołującego z 22 kwietnia 2021 r. wraz z załącznikami.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z:

- I. dokumentów:
 - a. deklaracji zgodności UE (certyfikat numer 2163-PPE-1592) dotyczącą butów,
 - b. deklaracji zgodności UE dotyczącą półmasek filtrujących ABJ-400FC wraz z certyfikatem badania typu UE oraz certyfikatem zgodności z typem w oparciu o wewnętrzną kontrolę produkcji oraz nadzorowane kontrole produktu w losowych odstępach czasu,
 - c. deklaracji zgodności WE dotyczącą gogli ochronnych PP-07,
 - d. deklaracji zgodności UE dotyczącą kombinezonu wraz z certyfikatem nr 2163-PPE-1782,
 - e. karty katalogowej IZOB,
 - f. karty produktu – półmasek filtrujących FFP3 NR, MODEL: ABJ-400FC,
 - g. karty katalogowej kombinezonu ochronnego,
 - h. karty katalogowej ochraniaczy na obuwiu,
 - i. karty produktu gogli PP-07,

- j. 24-stronnicowego raportu technicznego dotyczącego wszystkich komponentów wchodzących w skład zestawu IZOB,
- II. Fotografii przedstawionych w toku postępowania przez Odwołującego tj.
- a. fotografii maski, w tym w opakowaniu, z wyraźnym oznaczeniem znaku CE na masce i opakowaniu,
 - b. fotografii ochraniaczy na buty, w tym w opakowaniu wykonaną „z przodu” i z „tyłu” z wyraźnym oznaczeniem CE na opakowaniu,
 - c. fotografii gogli z obu stron z wyraźnym oznaczeniem znaku CE,
 - d. fotografii rękawic, w tym opakowania widocznego z obu stron.

W ocenie Izby dowody te nie miały związku z istotą sporu. Przyczyną odrzucenie oferty Odwołującego było wyłącznie uznanie przez Zamawiającego oferowanych mu kombinezonów za niezgodne z OPZ. W tej sytuacji dokumenty i fotografie dotyczące innych elementów oferty Odwołującego w ramach Pakietu nr 31, których zgodności z SIWZ Zamawiający nie kwestionował nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....