

Sygn. akt: KIO 1662/12

**WYROK**

**z dnia 17 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agnieszka Bartczak- Żuraw**

**Protokolant:** **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego – DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Łódzki Regionalny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o., ul. Dubois 114/116, 93-465 Łódź**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew, i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew, tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Łódzki Regionalny Park Naukowo-Technologiczny sp. z o.o., ul. Dubois 114/116, 93-465 Łódź (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na dostawę mebli laboratoryjnych. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2012 r. pod numerem 2012/S 105-175278.

W dniu 3 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DCD HABITAT Sp. z o. o., Ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew 9 (dalej „Odwołujący”). Odwołujący wskazywał, że informacja o rozstrzygnięciu postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 24 lipca 2012 r. W piśmie tym Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podnosił, iż ma interes prawny i majątkowy w tym, aby domagać się przestrzegania prawa przez Zamawiającego i uchylenia wadliwej czynności wykluczenia go z postępowania, gdyż czynność ta dokonana została w oderwaniu od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) obowiązującej w niniejszym postępowaniu. W tym przypadku gdyby kwestia oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu zostałyby dokonana oraz oferta Odwołującego zostałyby oceniona prawidłowo i zostałyby przywrócony do postępowania, Zamawiający winien dokonać wyboru jego oferty i udzielić mu niniejszego zamówienia publicznego. Tak samo kumulatywnie sprzeczna z prawem jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem oferta wykonawcy MATRIX INFRALAB Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Sosnowcu (dalej "MATRIX INFRALAB") pozbawiona jest tego waloru. Niniejsze odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone w dniu 3 sierpnia 2012 r., a więc z dochowaniem 10-dniowego terminu zawitego. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokonanie wyboru oferty firmy MATRIX INFRALAB, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 5) naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Pzp tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Działania Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, który spełnia wszystkie warunki uczestnictwa w postępowaniu, a jego oferta posiada znamiona z definicji „oferty najkorzystniejszej” (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp) z jednoczesnym rozstrzygnięciem postępowania na rzecz podmiotu, którego oferta była droższa uniemożliwia ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, co ma doprowadzić do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a następnie wyboru oferty odwołującego i udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie merytoryczne podane przez Zamawiającego w zawiadomieniu jest całkowicie bezzasadne. Odnosząc się do podniesionych zarzutów Odwołujący oświadczał, co następuje.

Domniemanym powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania jest jakoby niezłączenie do oferty oraz późniejsze nieuzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia, tj. dygestorium o długości 1500 mm posiada certyfikat zgodności z normą EN-14175-3 wydany przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań (por. pismo Zamawiającego z dnia 19 lipca br.).

W odpowiedzi na to pismo Odwołujący oświadczył, że złożył już wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty w niniejszym postępowaniu.

Bezprawna decyzja o wykluczeniu jakiej dokonał Zamawiający, wynika jak można domniemywać z braku analizy zawartości lub niezrozumienia treści przekazanych mu dokumentów oraz chyba co najważniejsze z nieposzanowania zasad badania urządzeń celem stwierdzenia, czy są one zgodne z właściwymi im normami.

Wobec powyższego Odwołujący zwracał uwagę, że przekazany Zamawiającemu certyfikat wraz z tłumaczeniem na język polski o numerze No. 09 0276 T/ITC/ a - dotyczy całej linii produktów dygestoriów Carbon 1200/1500/1800 mm długości. Fakt ten został potwierdzony w treści certyfikatu. Potwierdza on spełnienie wymagań i zgodność z normą EN-14175. W certyfikacie tym także widnieje zapis, że został wydany na podstawie świadectwa z badań.

W treści świadectwa z badań już w punkcie 1 zapisano, że odpowiednio dotyczą one całego typoszeregu urządzeń, tj. 1200/1500/1800 mm długości. Wszystkie dygestoria mają tę samą konstrukcję techniczną, budowę i zasadę działania, co wynika z treści dokumentu, gdyż jego wystawca w każdym miejscu używa liczby mnogiej (pisząc - dygestorii, a nie dygestorium z ograniczeniem do konkretnej długości). Urządzeniem testowym było dygestorium 1200 mm długości, lecz wyniki dotyczą wszystkich w/w urządzeń. Potwierdza to zapis na karcie 6 dokumentu „wyniki badań”, gdzie stwierdzono cyt.:

#### "2.6 Ocena zgodności produktu

Produkt podlegający ocenie, Dygestorium, Typ: DY-KO-CM 1200/1500/1800 - jak określono w sekcji 1- odpowiada wymaganiom normy EN-14175 we wszystkich testowanych indykatorach. W konkluzji Odwołujący stwierdzał, iż produkt spełnia wymagania potrzebne do uzyskania Certyfikatu ITC".

Zamawiający dysponował wszystkimi dokumentami, jakich mógł żądać od wykonawców, a które opisał w treści SIWZ. Nie może on natomiast na skutek swoich wezwań opartych o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp definiować ich treści lub wymogów, jak one

miałyby zostać sporządzone. Ważna jest treść dokumentu i to co z niego wynika, a wniosek ujawniony w dokumencie (świadczenie z badań) jest wysłowny wprost, nie wymaga wykładni i oznacza, że urządzenie o długości 1500 mm podlegało ocenie spełnienia wymagania do nadania mu certyfikatu zgodności z normą 14175, co też się stało, a czemu zamawiający nie może zaprzeczyć, gdyż przedmiotowy certyfikat znajduje się w jego posiadaniu.

Odnośnie podniesionego przez Zamawiającego zarzutu braku dołączenia świadectwa z badań Odwołujący stwierdzał, że przekazane mu świadectwo z badań dygestorium o długości 1200 mm jest jednocześnie substytutem świadectwa badań dygestorium o długości 1500 mm. Powyższy wniosek wynika wprost z tekstu normy EN 14175-2:2003 gdzie w załączniku A w punkcie „Ocena zgodności” (A.1 postanowienia ogólne) stwierdzono, że „w celu oceny zgodności należy przeprowadzić badanie typu na jednej próbce wyrobu”. Tak też się stało w tym przypadku i procedura taka jest prawidłowa, czego dowodem na okoliczność jest zaświadczenie, jakie wydała Odwołującemu Instytucja certyfikująca, w którym potwierdziła jednoznacznie, że rezultaty testu dygestorium typu CARBON 1200 uwzględnionego w raporcie końcowym Nr 313500180/2009 z dnia 14.05.2009, wydanym przez Instytut Testów i Certyfikacji (po czesku: Institut pro testovani a certifikaci, a.s. ) w Zlinie, Republika Czeska mają zastosowanie dla dygestorium tego samego projektu, o całkowitej szerokości 1500 mm. w odniesieniu między innymi do paragrafu A.1 Normy EN 14175-2 Dygestoria — Część 2: Wymagania dotyczące bezpieczeństwa i wydajności.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego spełnił on wszystkie wymogi, jakie postawił Zamawiający, gdyż ocena czy wymogi te zostały spełnione, winna zostać dokonana w zgodności z normą (której potwierdzenia nota bene Zamawiający żąda). W przeciwnym wypadku właśnie mielibyśmy do czynienia z błędem logicznym, o czym pisze Zamawiający. Zamawiający postawił bowiem zarzut niespełnienia normy, ale dokonał sformułowania tego zarzutu w sposób sprzeczny z tą normą, albowiem gdyby trzymał się on postanowień tej normy, to postawiony zarzut jest pusty.

W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione i wnosił o uwzględnienie go w całości.

W dniu 3 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 6 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą elektroniczną (ePUAP) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy MATRIX INFRALAB opatrzone bezpiecznym podpisem

elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu należącym do M..... A... G..... Do zgłoszenia przystąpienia nie załączono pełnomocnictwa dla podpisującej. Do zgłoszenia przystąpienia załączono natomiast kopię zgłoszenia przystąpienia podpisanego przez samoistnego prokurenta. W tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem zgłoszenie przystąpienia podpisane przez samoistnego prokurenta (identyczne w treści z załączonym do zgłoszenia przystąpienia dokonanego drogą elektroniczną). W dniu 7 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego podpisane przez prokurenta samoistnego (którego kopia była uprzednio przesłana drogą elektroniczną i faksem).

W dniu 6 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wskazywał, iż przedstawione w odwołaniu zarzuty w stosunku do Zamawiającego są nieuzasadnione i nie istnieją żadne przesłanki prawne czy merytoryczne do ich uznania. Zamawiający wyjaśniał, że wymagał, aby w przypadku zamawianych dygestoriów w celu potwierdzenia, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawca dostarczył dokumenty potwierdzające, że oferowane dygestoria posiadają certyfikat zgodności z normą EN-14175-3 wydany przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań, co jest zgodne z § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane. W powyższej normie określono metody badania typu przeznaczone do oceny bezpieczeństwa i sprawności działania wyciągów laboratoryjnych. Z uwagi na fakt, że Odwołujący nie załączył do oferty żądanych certyfikatów wraz z wynikami badań na zamawiane dygestoria, Zamawiający wezwał go w dniu 11 lipca 2012 r. do dostarczenia brakujących certyfikatów wraz z wynikami badań w zakresie dygestorium o szerokości 1200 mm oraz dygestorium o szerokości 1500 mm. W odpowiedzi na wezwanie z 11 lipca 2012 r. Odwołujący dostarczył wyniki testów przeprowadzonych przez Akredytowane Laboratorium Nr 1004 Instytutu Testów i Certyfikacji w Zlinie, Republika Czeska, dotyczące dygestorium typ CARBON 1200/1500/1800, jednakże w zakresie wyłącznie dygestorium o szerokości 1200 mm. Wobec powyższego Zamawiający wezwał ponownie Odwołującego pismem z 19 lipca 2012 r. o uzupełnienie oferty o wyniki badań przeprowadzonych dla dygestorium o szerokości 1500 mm. W odpowiedzi Odwołujący uzasadnił, iż z uwagi na fakt, że konstrukcja dygestoriów obydwu typów jest identyczna, wyniki badań w zakresie dygestorium o szerokości 1200 mm można odnieść wprost do dygestorium o szerokości 1500 mm. Zamawiający podkreślał, że nie może zgodzić się z niniejszym twierdzeniem. Z informacji uzyskanych od pracowników Instytutu Maszyn

Przeptywowych Politechniki Łódzkiej, będącej Wspólnikiem Zamawiającego, wynika, iż zawarte w normie EN 14175-3 o nazwie: Wyciągi laboratoryjne, Część 3: Metody badania typu wyraźnie pokazują, że parametry techniczne wyciągu laboratoryjnego (dygestorium) są zależne od przestrzeni roboczej, która się zmienia wraz ze wzrostem szerokości dygestorium. Co więcej, powołana norma stanowi, że badanie należy wykonać na jednej próbce wyrobu reprezentatywnego dla produkcji, a sprawozdanie z badań musi być zgodne z ustępem 10 pkt a) - u) normy EN 14175-3. Błędem logicznym dla Zamawiającego jest twierdzenie, że dygestorium o szerokości 1200 mm jest wyrobem reprezentatywnym dla dygestorium o szerokości 1500 mm i 1800 mm. Możliwym jest, iż przedstawiony i załączony do oferty przez Odwołującego certyfikat o numerze 09 0276 T/ITC/a dotyczy dygestoriów o różnych szerokościach 1200 mm, 1500 mm i 1800 mm, natomiast Zamawiający wymagał dodatkowo dołączenia do certyfikatu sprawozdania z badań zgodnie z pkt 10 powołanej normy. Z przekazanego świadectwa badań wprost wynika, że dotyczy ono wyłącznie szerokości 1200 mm. Z opisu w żaden sposób nie wynika, że badanie dotyczyło szerokości 1500 mm. Zdaniem Zamawiającego należy podkreślić, że przedmiotowe badanie należy wykonać na jednej próbce wyrobu reprezentatywnego dla produkcji (zgodnie z założeniami przedmiotowej normy), a sprawozdanie z badań winno zawierać informacje zawarte w pkt 10 lit. a) - u) normy EN 14175-3. Dodatkowo w pkt. 5.5 ww. normy podaje się szczegółowe wytyczne do określenia wydajności wymiany powietrza w urządzeniu (brak jest tych pomiarów w dostarczonym Raplocie Końcowym nr 313500180/2009 dostarczonym przez Odwołującego), która jest zależna od wewnętrznej objętości, zgodnie ze wzorem

$$\varepsilon = \frac{100nV_{fc}}{\theta}$$

gdzie  $\theta$  - oznacza natężenie przepływu powietrza odciganego, a  $V_{fc}$  - oznacza wewnętrzną objętość przestrzeni roboczej. Jak można zauważyć przedstawiony parametr jest zależny między innymi od wewnętrznej objętości przestrzeni roboczej. Dlatego stanowisko Odwołującego, że wyniki dotyczą wszystkich "długości" dygestoriów jest w ocenie Zamawiającego błędem.

Co więcej, przedstawione przez Odwołującego wyniki badań zupełnie nie odnoszą się do punktu 5.5 powołanej normy - Wydajność wymiany powietrza, wobec czego Zamawiający zupełnie nie może powziąć pewności, czy oferowane dygestoria spełniają warunki bezpieczeństwa dla użytkowników w zakresie wymiany powietrza w urządzeniu. Kwestia bezpieczeństwa pracowników ma zasadnicze znaczenie dla Zamawiającego. Zobrazowaniem kwestii bezpieczeństwa niech będzie artykuł autorstwa Tadeusza Śnitko



„Bezpieczeństwo pracownika laboratorium nie może być opcją”, którego tekst został dołączony do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Równocześnie Zamawiający podkreślał, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu - firma MATRIX INFRALAB dostarczył z ofertą wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w tym certyfikat wraz z wynikami badań dotyczący dygestorium o szerokości 1200 mm oraz odrębny certyfikat wraz z wynikami badań dotyczący dygestorium o szerokości 1500 mm, obydwa wydane przez niezależny instytut badawczy, co potwierdza, że żądanie Zamawiającego w tym zakresie jest jak najbardziej uzasadnione i możliwe do spełnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający postanowił wykluczyć Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucić złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wystąpił także w trybie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, który to wniosek Izba rozpatrzyła odmownie.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. zgłaszający przystąpienie wniósł pismo uzupełniające swoje stanowisko zawarte w zgłoszeniu przystąpienia. Załączył do niego opinię dotyczącą interpretacji normy PN-EN 14175-3 co do konieczności przebadania dygestorium o długości 1200 i 1500 mm dla uzyskania certyfikatu oraz korespondencję z Multicert - przedstawicielem Instytutu Badań i Certyfikacji w Zlinie dotyczącą certyfikacji dygestoriów zgodnie z normą PN-EN 14175-3.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izby ustaliła i zważyła co następuje.**

*Izba ustaliła następujący stan faktyczny.*

Zamawiający w SIWZ załącznik nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia objął zakresem zamówienia m.in. dostawę dygestoriów o wymiarach: długość – 1200 mm, szerokość – 900 mm oraz długość: 1500 mm, szerokość 900 mm. W odniesieniu do obu rodzajów dygestoriów zawarł wymóg: „Dygestorium musi posiadać certyfikat zgodności z normą EN-14175-3 wydany przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań” (np. str. 21 SIWZ, str. 34 SIWZ). W wyjaśnieniach treści SIWZ z 19 czerwca 2012 r. – odpowiedź na pytanie 25 dotyczące kwestii czy wymagany certyfikat należy dołączyć do oferty, Zamawiający stwierdził, iż wymaga dołączenia do oferty certyfikatu zgodności z normą EN-

14175-3 dla dygestoriów. Odwołujący do oferty załączył certyfikat Nr 09 0276 T/ITC/a dotyczący dygestoriów (komory wyciągowe): Typ: CARBON 1200/1500/1800. W certyfikacie wskazano, że: „Spełnia wymagania dokumentów: EN 14175 – Komory wyciągowe Część 2: wymagania bezpieczeństwa, Część 3: metody badań Świadczenie z badań nr 313500407/2012 (str. 45 i 46 oferty). Nie załączono jednak sprawozdania z badań. Zamawiający pismem z 11 lipca 2012 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia wyników badań zgodnie z normą EN 14175-3, które były wymagane przez Zamawiającego na etapie składania ofert. Zamawiający wyznaczył termin 18 lipca 2012 r. W dniu 18 lipca 2012 r. Odwołujący pismem z 17 lipca 2012 r. oświadczył, iż załącza wyniki badań na zgodność z normą EN 14175-3 dotyczące oferowanych dygestoriów. Wyniki badań wskazywały, że testowano wyłącznie urządzenie Carbon 1200. Testowane indykatory nie obejmowały pkt 5.5. normy. W dniu 19 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających, że oferowane przez niego dygestoria o długości 1500 mm posiadają certyfikat zgodności z normą EN-14175-3 wydany przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań. Zamawiający zauważał, że uzupełnienie żądanych dokumentów z dnia 17 lipca 2012 r. dotyczyło tylko dygestorium o długości 1200 mm, natomiast nie zostały dołączone stosowane dokumenty odnoszące się do dygestorium o długości 1500 mm. Wyznaczono termin 23 lipca 2012 r. g. 8.30. W odpowiedzi na powyższe pismem z 22 lipca 2012 r. Odwołujący wyjaśnił, iż złożył już wszystkie wymagane dokumenty, zaś żądanie Zamawiającego wynika jak można domniemywać z braku analizy ich zawartości lub niezrozumienia treści. Zwracał uwagę, że przekazany Zamawiającemu certyfikat wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczy całej linii produktów dygestoriów Carbon 1200/1500/1800 mm długości, który to fakt został potwierdzony w treści certyfikatu. Potwierdza on spełnienie wymagań i zgodność z normą EN-14175. W certyfikacie tym widnieje zapis, że został wydany na podstawie świadectwa z badań, które to świadectwo zostało Zamawiającemu przekazane. W treści świadectwa z badań już w pkt 1 zapisano, że odpowiednio dotyczą one całego typoszeregu urządzeń, tj. 1200/1500/1800 mm długości. Wszystkie dygestoria mają tę samą konstrukcję techniczną, budowę i zasadę działania, co wynika z treści dokumentu, gdyż jego wystawca w każdym miejscu używa liczby mnogiej (pisząc dygestoria, a nie dygestorium z ograniczeniem do konkretnej długości). Urządzeniem testowym było dygestorium 1200 mm długości, lecz wyniki dotyczą wszystkich ww. urządzeń. Potwierdza to zapis na karcie 6 dokumentu „wyniki badań”, gdzie stwierdzono:

„2.6 Ocena zgodności produktu

Produkt podlegający ocenie, Dygestorium, Typ: DY-KO-CM 1200/1500/1800 – jak określono w sekcji 1 – odpowiada wymaganiom normy EN 14175 we wszystkich testowanych indykatorach.

Produkt spełnia wymagania potrzebne do uzyskania Certyfikatu ITC”

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dysponuje już wszystkimi dokumentami, jakich mógł żądać od wykonawców, a które opisał w treści SIWZ. Nie może on natomiast na skutek swoich wezwań opartych na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp definiować ich treści lub wymogów, jak one miałyby zostać sporządzone. Ważna jest treść dokumentu i co z niego wynika, a wniosek ujawniony w dokumencie (świadczenie z badań) jest wysłowiony wprost, nie wymaga wykładni i oznacza, że urządzenie o długości 1500 mm podlegało ocenie spełnienia wymagania do nadania mu certyfikatu zgodności z normą 14175, co też się stało, a czemu Zamawiający nie może zaprzeczyć, gdyż przedmiotowy certyfikat znajduje się w jego posiadaniu.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2012 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że żądał, aby w przypadku dygestoriów, w celu potwierdzenia, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, Wykonawca dostarczył dokumenty potwierdzające, że oferowane dygestoria posiadają certyfikat zgodności z normą EN-14175-3 wydany przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań. W tej części normy określono metody badania typu przeznaczone do oceny bezpieczeństwa i sprawności działania wyciągów laboratoryjnych. Z uwagi na fakt, że Odwołujący nie załączył do oferty żądanych certyfikatów wraz z wynikami badań na zamawiane dygestoria, Zamawiający wezwał w dniu 11 lipca 2012 r. Odwołującego do dostarczenia brakujących certyfikatów wraz z wynikami badań w zakresie dygestorium o szerokości 1200 mm oraz dygestorium o szerokości 1500 mm. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 lipca 2012 r. Odwołujący dostarczył wyniki testów przeprowadzonych przez Akredytowane Laboratorium Nr 1004 Instytutu Testów i Certyfikacji w Zlinie, Republika Czeska, dotyczące dygestorium typ CARBON 1200/1500/1800, jednakże w zakresie wyłącznie dygestorium o szerokości 1200 mm. Wobec powyższego Zamawiający wezwał ponownie Odwołującego pismem z dnia 19 lipca 2012 r. o uzupełnienie oferty o wyniki badań przeprowadzonych dla dygestorium o szerokości 1500 mm. W odpowiedzi Wykonawca uzasadnił, iż z uwagi na fakt, że konstrukcja dygestoriów obydwu typów jest identyczna, Zamawiającemu powinno wystarczyć dostarczenie wyników badań w zakresie dygestorium o szerokości 1200 mm, które można odnieść wprost do dygestorium o szerokości 1500 mm. Z

takim twierdzeniem Zamawiający zgodzić się nie może, gdyż informacje zawarte w normie EN 14175-3 o nazwie: Wyciągi laboratoryjne, Część 3: Metody badania typu wyraźnie pokazują, że parametry techniczne wyciągu laboratoryjnego (dygestorium) są zależne od przestrzeni roboczej, która się zmienia wraz ze wzrostem szerokości dygestorium. Co więcej, powołana norma stanowi, że badanie należy wykonać na jednej próbce wyrobu reprezentatywnego dla produkcji, a sprawozdanie z badań musi być zgodne z ustępem 10 pkt a) - u) normy EN 14175-3. Błędem logicznym jest twierdzenie, że dygestorium o szerokości 1200 mm jest wyrobem reprezentatywnym dla dygestorium o szerokości 1500 mm i 1800 mm. Możliwym jest, iż przedstawiony i załączony do oferty przez Odwołującego certyfikat o numerze 09 0276 T/ITC/a dotyczy dygestoriów o różnych szerokościach 1200 mm, 1500 mm i 1800 mm, natomiast Zamawiający wymagał dodatkowo dołączenia do certyfikatu sprawozdania z badań zgodnie z pkt 10 powołanej normy. Z przekazanego świadectwa badań wprost wynika, że dotyczy ono wyłącznie szerokości 1200 mm. Z opisu w żaden sposób nie wynika, że badanie dotyczyło szerokości 1500 mm.

W pkt. 5.5 ww. normy podaje się szczegółowe wytyczne do określenia wydajności wymiany powietrza w urządzeniu (brak tych pomiarów w dostarczonym Raporcie Końcowym nr 313500180/2009), która jest zależna od wewnętrznej objętości przestrzeni roboczej, zgodnie ze wzorem:

$$\varepsilon = \frac{100nV_{fc}}{\theta}$$

gdzie  $\theta$  - oznacza natężenie przepływu powietrza odciąganego, a  $V_{fc}$  - oznacza wewnętrzną objętość przestrzeni roboczej. Jak można zauważyć przedstawiony parametr jest zależny między innymi od wewnętrznej objętości przestrzeni roboczej. Dlatego stanowisko Odwołującego, że wyniki dotyczą wszystkich "długości" dygestoriów jest w ocenie Zamawiającego błędem.

Co więcej, przedstawione przez Wykonawcę wyniki badań zupełnie nie odnoszą się do punktu 5.5 powołanej normy - Wydajność wymiany powietrza, wobec czego Zamawiający zupełnie nie może powziąć pewności, czy oferowane dygestoria spełniają warunki bezpieczeństwa dla użytkowników w zakresie wymiany powietrza w urządzeniu.

Równocześnie Zamawiający wskazywał, że drugi Wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu dostarczył z ofertą wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w tym certyfikat wraz z wynikami badań dotyczący dygestorium o szerokości 1200 mm oraz certyfikat wraz z wynikami badań dotyczący dygestorium o szerokości 1500 mm, obydwa wydane przez niezależny instytut badawczy, co potwierdza,

że żądanie Zamawiającego w tym zakresie jest jak najbardziej uzasadnione i możliwe do spełnienia.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje.***

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także przesłanki warunkujące wniesienie odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył najtańszą ofertę w postępowaniu (jedynym kryterium - cena), a następnie został z niego wykluczony. Tym samym potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy MATRIX INFRALAB z uwagi na niespełnienie przez niego warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a kopię przystąpienia przesyła się Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przesłał kopię odwołania drogą elektroniczną w dniu 3 sierpnia 2012 r. Oznacza to zatem, iż 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia we właściwej przewidzianej ustawą Pzp formie upływał w dniu 6 sierpnia 2012 r. W tej dacie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przekazane drogą elektroniczną (ePUAP), jednak nie wykazano, aby osoba opatrująca ten dokument podpisem elektronicznym (co stanowi konieczny wymóg skuteczności tej formy) posiadała umocowanie do zgłoszenia przystąpienia. Stosowne pełnomocnictwo nie zostało dołączone ani do zgłoszenia przystąpienia ani w toku postępowania przed Izbą. Nie wykazano także, aby osoba ta była uprawniona do reprezentacji zgłaszającego przystąpienia na innej podstawie. Podobnie zgłoszenie przystąpienia faksem (także w dacie 6 sierpnia 2012 r.) podpisane przez prokurenta samoistnego nie mogło odnieść skutku, bowiem ustawodawca zastrzegł w ustawie Pzp w art. 185 ust. 2 zd. 2 formę w jakiej należy wnieść zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. Ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów co do formy wniesienia nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu (por. postanowienie z 17 listopada 2010 r. Sygn. akt: KIO 2419/10). Z kolei oryginał zgłoszenia przystąpienia przekazanego faksem wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 sierpnia 2012 r., a zatem po upływie ustawowego terminu. Z powyższych względów Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy MATRIX INFRALAB.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, ofertę Odwołującego, pisma Zamawiającego z 11 i 19 lipca 2012 r., pisma Odwołującego z 17 i 22 lipca 2012 r., informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2012 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie z 3 sierpnia 2012 r., pismo Instytutu Testów i Certyfikacji w Zlinie z 30 lipca 2012 r. wraz z tłumaczeniem, treść norm PN-EN 14175-2 i PN-EN 14175-3. Przedłożoną przez Zamawiającego opinię ekspercką z dnia 8 sierpnia 2012 r. w sprawie odwołania Izba uznała za stanowisko strony. Izba pominęła dowód z korespondencji zgłaszającego przystąpienie z firmą Multicert będącą przedstawicielem Instytutu Badań i Certyfikacji w Zlinie załączoną do pisma z 13 sierpnia 2012 r., o której włączenie do materiału dowodowego wnioskował Zamawiający, uznając, iż wyraża ona jedynie stanowisko podmiotu pośredniczącego, nie zaś bezpośrednio instytucji certyfikującej. Izba nie uwzględniła także wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny budowy urządzeń laboratoryjnych, na okoliczność czy możliwe jest wydanie certyfikatu bez badania punktu 5.5 normy EN-14175-3 lub też, że parametr ten był weryfikowany w ramach badania innych parametrów, gdyż w tym zakresie zdaniem Odwołującego potrzebna jest wiedza specjalna. W ocenie Izby przedmiotowy dowód jest zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy i skutkowałby jedynie przedłużeniem postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby dla oceny zasadności działań Zamawiającego wystarczającym jest przeanalizowanie zgodności treści oferty Odwołującego w kontekście właściwych postanowień SIWZ, co nie wymaga wiadomości specjalnych.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy ustalił podstawę prawną wadliwości oferty Odwołującego. Przesłanka, na którą się powoływał w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2012 r., nie skutkuje bowiem koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, lecz odrzuceniem oferty o treści sprzecznej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykluczenie z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy niepełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i/lub niewykazania braku podstaw do wykluczenia, nie zaś warunków przedmiotowych, a do takich należy zaliczyć wymóg przedłożenia certyfikatu zgodności z określoną normą wraz z wynikami badań w zakresie oferowanego przedmiotu dostawy. Sam Zamawiający zresztą dokonał takiej kwalifikacji w treści odpowiedzi na odwołanie, powołując się na zgodność przedmiotowego wymogu z § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, który to przepis dotyczy dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (§ 5 ust. 1 pkt 3 - "W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: (...) 3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;"). Wprawdzie Zamawiający nie dokonał takiej kwalifikacji w treści SIWZ (rozdział 10 ust. 3), jednak merytoryczny charakter dokumentu - certyfikatu zgodności z normą EN-14175-3 wraz z wynikami badań - jako odnoszącego się do przedmiotu zamówienia jednoznacznie potwierdza słuszność takiej kwalifikacji. Niezależnie jednak od powyższej wadliwości podstawy prawnej, uzasadnienie prezentowane przez Zamawiającego w informacji z 24 lipca 2012 r. nie pozostawiało wątpliwości co do przesłanek niemożności uznania skuteczności oferty Odwołującego. Zdaniem Izby przy rozpatrywaniu, a zarazem i rozstrzygnięciu odwołania, należało zatem ocenić zasadność argumentacji Zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, iż przedłożone przez Odwołującego dokumenty, tj. certyfikat Nr 09 0276 T/ITC/a dotyczący dygestoriów Typ: CARBON 1200/1500/1800 wraz ze świadectwem z badań dotyczącym tylko dygestorium o długości 1200 mm, nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż w treści załącznika nr 1 do SIWZ szczegółowo opisał zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dygestoriów oraz wymaganie posiadania certyfikatu zgodności z normą EN-14175-3 wydanego przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań. Zamawiający odrębnie opisał wymagania względem dygestorium o

szerokości 1200 mm, wymagając w stosunku do tego typu dygestorium certyfikatu zgodności z normą EN-14175-3 wydanego przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań oraz odrębnie względem dygestorium o szerokości 1500 mm, również wymagając w stosunku do tego typu dygestorium certyfikatu zgodności z normą EN-14175-3 wydanego przez niezależny instytut badawczy wraz z wynikami badań. Takie ujęcie jednoznacznie wskazuje na zamiar Zamawiającego uzyskania od wykonawcy nie tylko certyfikatu odnoszącego się do danego typu dygestorium (1200 i 1500 mm), ale i wyników badań dotyczących każdego z tych typów (zatem odrębnie dla dygestorium 1200 mm i odrębnie dla 1500 mm). Żądając wyników badań Zamawiający chciał mieć zatem możliwość weryfikacji podstaw uzyskania certyfikatu i zakresu oraz wyniku przeprowadzonych badań. Zdaniem Izby postanowienia SIWZ były w tym zakresie jasne i jednoznaczne. Odwołujący nie zakwestionował postawionego wymogu na wcześniejszym etapie, co oznacza, iż go zaakceptował i jest on dla niego wiążący. Co więcej, znając treść SIWZ, jak również, mając świadomość zakresu posiadanych przez siebie dokumentów, nie zwrócił się o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie, ani o dopuszczenie możliwości posłużenia się wyłącznie wynikami badań dygestorium o szerokości 1200 mm, które posłużyły do wydania certyfikatu także dla dygestorium o szerokości 1500 mm. Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia stanowiska, aby Zamawiający pominął jednoznacznie postawiony przez siebie wymóg SIWZ, który nie został przez wykonawców podważony na etapie sporządzania SIWZ. Takiego argumentu nie stanowi dopuszczenie przez normę przeprowadzenia badań na próbie uznanej za reprezentatywną dla danego typoszeregu. Odwołujący nie wskazał bowiem żadnego przepisu, który nie pozwałaby Zamawiającemu na uszczegółowienie wymagań dotyczących charakteru czy zawartości żądanych dokumentów, choćby prowadziło to do zawężenia zakresu dokumentów, którymi wykonawca może się posłużyć. Skoro zatem Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wymagał przedłożenia wyników badań dla dygestorium 1200 mm i 1500 mm, a wykonawcy tego wymogu nie zakwestionowali, nie mógł od niego odstąpić na etapie oceny ofert, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, który pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełnił wynikających z SIWZ dokumentów przedmiotowych, złożył ofertę w swej treści sprzeczną z SIWZ, co uzasadnia jej odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Już ta okoliczność jest zatem wystarczająca dla uznania prawidłowości działań Zamawiającego. Zamawiający podkreślał, iż była to zasadnicza przyczyna uznania oferty Odwołującego za wadliwą, a braki w wynikach badań odnośnie nieujęcia w nich pkt 5.5. normy EN-14175-3 stanowiły jedynie okoliczność dodatkową. W ocenie Izby jednak niezależnie od tego, czy brak ten uznać za mający charakter drugorzędny, również potwierdza on niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Nie sposób zgodzić się z interpretacją Odwołującego, że skoro Zamawiający nie dookreślił w SIWZ, z jakimi punktami



normy należy wykazać zgodność (zatem jakie elementy winny być przebadane), na etapie oceny ofert nie może on stawiać w tym zakresie warunków. Oznacza to zatem, iż każdy certyfikat, o ile stwierdza zgodność z normą EN-14175-3, winien być przez Zamawiającego zaakceptowany. Zamawiający nie ma ani możliwości podważania ważnego certyfikatu ani kwestionowania zakresu przeprowadzonych badań, gdyż o tym decyduje instytucja certyfikująca. W ocenie Izby wbrew stanowisku Odwołującego postawiony wymóg przedstawienia certyfikatu zgodności z normą EN-14175-3 wraz z wynikami badań bez bliższego dookreślenia jakie punkty tej normy winny być objęte certyfikatem (co ustalić można na podstawie wyników badań) oznacza, iż Zamawiający wymagał pełnej zgodności z normą. Tymczasem raport z badań przedstawiony przez Odwołującego w pkt 2.2. określa indykatory specyfikujące zasadnicze wymagania, podając, że w celu oceny zgodności właściwości produktu użyte zostały następujące indykatory odnośnie normy EN 14175-3: 5.2 Prędkość, 5.3 5.2 Procedura testowa wewnętrznego pomiaru, 5.3. 5.3: Procedura testowa zewnętrznego pomiaru, 5.4: Solidność powstrzymywania, 5.6: Spadek ciśnienia. Tymczasem norma w pkt 5 „Badania przepływu powietrza” obejmuje pkt 5.5 „Wydajność przepływu powietrza”. Zgodnie z 5.5.4 „Analiza danych i wyniki” należy obliczyć wielkość wymiany powietrza w procentach zgodnie z podanym w normie wzorem. Z kolei na podstawie pkt 10 normy „Sprawozdanie z badań” lit. m) sprawozdanie z badań powinno obejmować wynik badania wielkości wymiany powietrza. W raporcie z badań przedstawionym przez Odwołującego wartość ta nie jest ujęta. Odwołujący nie był też w stanie wykazać, że przedmiotowe dane mogą być wywiedzione z innych wyników testów. Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o powołania biegłego m.in. dla ustalenia tej okoliczności, gdyż dla jej wykazania nie jest niezbędne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego skoro wystarczającym byłoby odwołanie się do odpowiedniego postanowienia raportu z badań. Ponadto sam raport z badań jednoznacznie wskazuje, iż potwierdza zgodność z normą EN 14175 we wszystkich testowanych indykatorach (pkt 2.6), a indykator określony w pkt 5.5 testowany nie był (brak jakiegokolwiek wzmianki w raporcie). Odwołujący nie ustosunkował się także do podnoszonych w piśmie Zamawiającego z 24 lipca 2012 r. twierdzeń co do niedopuszczalności odniesienia wyników badań dygestoriów 1200 mm do dygestoriów 1500 mm, gdyż informacje zawarte w normie EN-14175-3 wyraźnie pokazują, że parametry techniczne dygestorium są zależne od przestrzeni roboczej, która zmienia się wraz ze wzrostem szerokości dygestorium. Zamawiający powoływał w tej mierze pkt 5.5 normy podając wytyczne do określenia wydajności wymiany powietrza w urządzeniu, która zależy m.in. od wewnętrznej objętości przestrzeni roboczej. Odwołujący ograniczył się jedynie do przedłożenia pisma Instytutu Testów i Certyfikacji w Zlinie stwierdzającego, że rezultaty testu dygestorium typu Carbon 1200 mają zastosowanie dla dygestorium tego samego projektu o całkowitej szerokości 1500 mm, w odniesieniu m.in. do pkt A.1 Normy EN 14175-2

Dygestoria – Część 2: Wymagania dotyczące bezpieczeństwa i wydajności, mówiącego że: „Dla oceny zgodności test powinien być przeprowadzony na jednym egzemplarzu modelu produkcyjnego dygestorium. Test powinien być przeprowadzony na dygestorium zainstalowanym zgodnie z instrukcjami producenta w pomieszczeniu testowym, z użyciem metodologii testowej i procedur wyspecyfikowanych w Normie EN 14175”. W stanowisku tym nie odniesiono się jednak do pkt A.4 tego samego załącznika A „Ocena zgodności” zatytułowanego „Wytyczne dla identyfikacji typu”, zgodnie z którym: „Typ wyciągu laboratoryjnego stanowi próbkę wzoru wyciągu o cechach charakterystycznych dla produkcji seryjnej (patrz EN 14175-1:2003, 7.12). Typ wyciągu laboratoryjnego można scharakteryzować na przykład na podstawie wymiarów, takich jak

- całkowita szerokość, głębokość i wysokość,
- szerokość, głębokość i wysokość przestrzeni roboczej,
- wymiar i konstrukcja okna (okien) przesuwne(-ych),
- położenie i wymiary przegrody wewnątrz przestrzeni roboczej,
- położenie i wymiary łączników,
- położenie i wymiary przewodu,
- położenie i wymiary szczeliny (szczelin) i owiewki (owiewek).

Wyciągi laboratoryjne o wymiarach zgodnych z podanymi z odchyłką w granicach  $\pm 5\%$  należy uważać za wyciągi o tej samej konstrukcji i nie wymagać oddzielnego badania typu.

Innymi właściwościami charakteryzującymi wyciąg laboratoryjny są lub mogą być

- objętość i sterowanie przepływem powietrza,
- dobór materiału użytego do wykonania,
- konstrukcja powierzchni roboczej lub podstawy,
- rozmieszczenie instalacji zasilającej.

W indywidualnych przypadkach należy rozstrzygnąć, czy zmiany tych właściwości powodują zmianę wzoru wyciągu laboratoryjnego i wymaga on oddzielnego badania typu. Zmiany

niektórych właściwości nie wpływające na przepływ powietrza nie wymagają powtórzenia całego badania typu, lecz tylko badania zmienionej właściwości, np. oświetlenia lub użytych materiałów”.

Odwołujący podczas rozprawy odwoływał się właśnie do wspomnianego wyżej indywidualnego przypadku, który pozwolił instytucji certyfikującej uznać, że testowane dygestorium o szerokości 1200 mm jest reprezentatywne także dla dygestoriów o szerokości 1500 mm i 1800 mm, a zatem, że zachodzi w tym zakresie zgodność z normą. Należy jednak zauważyć, iż instytucja certyfikująca, której stanowisko przedstawił, ograniczyła się tylko do autorytatywnego stwierdzenia, iż wyniki badań dygestorium 1200 mm są reprezentatywne dla dygestorium 1200 mm i 1500 mm bez żadnego uzasadnienia swojego stanowiska w kontekście wymagań normy wynikających z wytycznych dla identyfikacji typu (pkt A.4 załącznika A normy EN 14175-2), gdzie jednoznacznie wskazano, iż „Wyciągi laboratoryjne o wymiarach zgodnych z podanymi z odchyłką w granicach  $\pm 5\%$  należy uważać za wyciągi o tej samej konstrukcji i nie wymagać oddzielnego badania typu”, co oznacza a contrario, iż przy przekroczeniu granic tolerancji wymiarowej konieczne jest oddzielne badanie typu. Instytucja certyfikująca nie odwołała się do pkt A.4 i wspomnianego w nim indywidualnego przypadku zmiany właściwości, która nie uzasadnia odrębnego badania typu jako podstawy dla dokonanej przez siebie kwalifikacji próbki dygestorium 1200 mm jako reprezentatywnej także dla dygestorium o szerokości 1500 mm i 1800 mm. Ponadto należy zauważyć, iż literalna treść normy w tym zakresie odwołuje się do pojęcia właściwości, a to z kolei pojęcie zostało użyte odrębnie od pojęcia wymiarów:

„Innymi właściwościami charakteryzującymi wyciąg laboratoryjny są lub mogą być

- objętość i sterowanie przepływem powietrza,
- dobór materiału użytego do wykonania,
- konstrukcja powierzchni roboczej lub podstawy,
- rozmieszczenie instalacji zasilającej.

W indywidualnych przypadkach należy rozstrzygnąć, czy zmiany tych właściwości powodują zmianę wzoru wyciągu laboratoryjnego i wymaga on oddzielnego badania typu”.

Pojawia się zatem uzasadniona wątpliwość, której Odwołujący w żaden sposób nie podważył, iż indywidualny przypadek dopuszczony przez normę nie odnosi się do zmian w zakresie wymiarów dygestorium wykraczających poza ustaloną tolerancję, lecz innych

wymienionych powyżej właściwości. Pkt A.1 dotyczy bowiem jedynie zasad przeprowadzenia badania typu, umożliwiając jego przeprowadzenie na jednej próbce wyrobu, natomiast wytyczne dla identyfikacji typu określa pkt A.4.

W ocenie Izby Zamawiający z uwagi na powyższe Zamawiający miał podstawy dla uznania, iż oferta Odwołującego nie spełnia jego wymagań.

Co do zarzutów naruszenia art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzeczne z ustawą lub mającej na celu jej obejście oraz naruszenia art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, która stanowi, że ograniczenia wolności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny Izba stwierdza, iż nie zostały przez Odwołującego odrębnie uzasadnione. Wiążą się zatem z ewentualną wadliwością oceny oferty Odwołującego, a ten zarzut Izba uznała za bezzasadny. Z analogicznego względu za niepotwierdzone należy uznać zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, z uwagi na niepotwierdzenie się na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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:** .....