Sygn. akt: KIO 207/21

WYROK
z dnia 15 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Katarzyna Odrzywolska**
Protokolant: Piotr Kur

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **HCS Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrzycach**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**;
przy udziale wykonawcy: **H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 14 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 207/21

UZASADNIENIE

Szpital Uniwersytecki w Krakowie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych środków biobójczych, kosmetyków i urządzeń do Apteki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, nr referencyjny: DFP. 271.132.2020.DB (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie
o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2020 r. pod numerem 2020/S 193-466015-N-2020.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca: **HCS Europe Sp. z o.o. z siedzibą**
w Węgrzycach (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu, dotyczących oceny ofert w zakresie części 14 zamówienia polegających na: (i) zaniechaniu zbadania oferty złożonej przez wykonawcę: H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej „przystępujący" lub „H. K."); (ii) braku odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę H. K., z powodu jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"); (iii) dokonaniu wyboru oferty H. K. pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:
1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. K. z postępowania pomimo tego, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z SIWZ tj. z wymogiem określonym w Załączniku nr 1a do SIWZ, tabela Arkusz Cenowy - część 14, w którym zamawiający w odniesieniu do pozycji 2 postawił wymóg hermetycznego zamknięcia wkładu oraz braku możliwości otwarcia wkładu i dolewania preparatu;
2.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców tj. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. K. wybranej jako najkorzystniejsza pomimo tego, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ;
3.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy H. K., jako najkorzystniejszej w części 14, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ,
a zatem powinna zostać odrzucona, tymczasem oferta odwołującego powinna być najwyżej oceniona i następnie uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny i badania ofert w zakresie części nr 14, polegającej na ocenie oferty H. K. jako najkorzystniejszej w postępowaniu; unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 14 zamówienia; dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z tym odrzucenie oferty H. K., a także zasądzenie od zamawiającego
na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający w ogłoszonym postępowaniu opisał wymagania dla poszczególnych części w Załączniku nr 1a do SIWZ, odrębnie dla każdej z nich. W zakresie części 14 zamawiający w Tabeli, w pozycji 2 wskazał następujące wymagania dla dostarczanych preparatów: Preparat w płynie do częstego mycia rąk, dozowany w pianie, bezzapachowy, delikatny, łagodny dla skóry, dozowany z dozownika bezdotykowego (automatycznego

- fotokomórka). Wkład hermetycznie zamknięty (zabezpieczony zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami do wnętrza opakowania), bez możliwości dolewania. Do dozowników bezdotykowych. Forma - piana, nie zawiera barwników.

W postępowaniu na część 14 ofertę złożył między innymi wykonawca H. K., który w pozycji nr 2 zaoferował produkt Nexa Sereman Sensitive 750 ml, produkcji Ecolab.

Odwołujący, po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z treścią złożonej przez H. K. oferty wystąpił, w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o zbadanie oferty złożonej przez H. K., a następnie jej odrzucenie z powodu niezgodności z SIWZ. Odwołujący wskazał w szczególności na niezgodność złożonej oferty z SIWZ właśnie z uwagi na brak spełnienia przez zaoferowany produkt właściwości wymaganych w SIWZ przez zamawiającego, tj.: wkładu hermetycznie zamkniętego (zabezpieczonego zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami do wnętrza opakowania), bez możliwości dolewania. Odwołujący załączył dowody oraz link do filmu () obrazującego możliwość odkręcania wkładu w produkcie zaproponowanym przez H. K. .

Zdaniem odwołującego, zaproponowany produkt nie spełnia wymagań stawianych
w treści SIWZ przez zamawiającego. Zamawiający wystąpił do H. K. o wyjaśnienia,
na które zostały udzielona odpowiedź, która w ocenie odwołującego w żaden sposób nie wyjaśnia dostrzeżonych wątpliwości i nie wskazuje na okoliczności, które potwierdzałyby zgodności oferowanego produktu z treścią wymagań stawianych w SIWZ. Pomimo braku zgodności złożonej oferty z SIWZ, oferta H. K. została uznana za najkorzystniejszą
i ostatecznie wybrana w zakresie realizacji części Nr 14.

Odwołujący zwrócił uwagę, że to zamawiający sam w SIWZ określił wymagania dotyczące preparatu do mycia rąk wraz z dozownikiem do jego aplikacji. Oczywistym jest, że wymogi te sformułowane zostały w taki sposób, aby nabyty w ramach realizacji zamówienia preparat był bezpieczny, zapewniał odpowiednią ochronę antybakteryjną i antywirusową przy bezpośrednim użyciu, ale także przy jego aplikowaniu do dozownika. Zamawiający wprost zaznaczył, że oczekuje, aby pojemnik z preparatem nie miał możliwości dolewania do niego preparatu. Oczywistym jest, że jest to istotny czynnik przemawiający na korzyść takiego rozwiązania w kontekście bezpieczeństwa użycia samego preparatu. W czasie dolewania preparatu mogłoby dojść do wielu nieprawidłowości, np. poprzez jego rozcieńczenie, zmieszanie z innym itp. Stąd zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców zaproponowania pojemnika, który taką ewentualność wyklucza. Pojemnik z preparatem Nexia Sereman Sensitive 750 ml, jaki zaoferował wykonawca H. K. tego wymogu nie spełnia. Pojemnik ten jest tradycyjnym opakowaniem na ciecz zabezpieczony nakrętką, która
z łatwością może zostać odkręcona. Co za tym idzie, tak proste usunięcie zabezpieczenia dostępne dla każdej osoby mogącej uzyskać dostęp do wkładu dozownika nie stanowi żadnej bariery przed ryzykiem związanym z uzupełnieniem pojemnika tą samą czy inną cieczą. Oczywistym jest, że zastosowanie tak prostego zabezpieczenia w postaci tradycyjnej nakrętki nie stanowi żadnej w zasadzie bariery zapobiegającej dolewaniu zawartości do pojemnika. Przyjęte przez wykonawcę H. K. rozwiązanie jest tańsze, ale nieskuteczne z punktu widzenia postawionych przez zamawiającego wymogów dotyczących szczelności opakowania i braku możliwości jego uzupełniania przez dokonywanie dolewek.

W przeciwieństwie do tego zaoferowany przez odwołującego preparat GOJO znajduje się w szczelnym pojemniku, w którym zastosowano specjalne i oryginalne rozwiązanie zabezpieczające nakrętkę. Pojemnik ten w zasadzie bez zniszczenia nie może zostać odkręcony, a co za tym idzie znajdujący się w nim preparat biobójczy nie może zostać uzupełniony. Zastosowana konstrukcja rzeczywiście a nie pozornie zabezpiecza pojemnik przed możliwością dokonania jakichkolwiek dolewek. Jest to rozwiązanie w pełni bezpieczne z punktu widzenia utrzymania pełnej antyseptyczności preparatu, niestety jest ono droższe od systemu zabezpieczenia pojemnika tradycyjną nakrętką. Należy jednak wskazać, że taki system gwarantuje pełne bezpieczeństwo integralności i nienaruszalności istotnego z punktu widzenia higieny i ochrony biobójczej preparatu. Za takim rozwiązaniem zresztą opowiadał się zamawiający i takich lub podobnych pojemników z preparatem oczekiwał i wprost dał temu wyraz w niebudzącym wątpliwości, jednoznacznym zapisie treści SIWZ.

Stąd niezrozumienie i zdziwienie odwołującego wzbudziła okoliczność braku wnikliwego zbadania przez zamawiającego tej, jakże istotnej z punktu bezpieczeństwa używania preparatu biobójczego, kwestii. Zamawiający w zasadzie ograniczył się do oceny złożonych przez H. K. wyjaśnień, z których nic jednak nie wynika. W dniu 18 listopada 2020 r. producent zaoferowanego przez wykonawcę H. K. preparatu - ECOLAB
Sp. z o.o. wskazał jedynie, że „produkt Seraman Sensitive Foam (do NEXA) 6 x 750 ml symbol: 3083180 jest zabezpieczony zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami. Wkład preparatu jest hermetycznie zamknięty (do wnętrza opakowania), bez możliwości ponownego napełniania". Jest to nic innego jak powtórzenie treści zapisów SIWZ, które w oczywisty sposób nic nie zmieniły w zakresie przedstawionych wątpliwości. Zamawiający w sposób bardzo łatwy i jednoznaczny mógł owe twierdzenia zweryfikować, korzystając z przedstawionego przez odwołującego materiału filmowego oraz fotograficznego, na których widać, że wbrew powyższym wyjaśnieniom pojemnik z preparatem Seraman Sensitive Foam (do NEXA) odkręca się bez żadnych przeszkód w tradycyjny sposób. Oznacza to, że zamawiający nie dokonał wnikliwej oceny treści złożonej przez H. K. oferty albo zignorował własne wymogi jakie postawiono przed wykonawcami w zakresie odpowiedniego zabezpieczenia szczelności pojemników z preparatem biobójczym. Obie możliwości niestety wpływają negatywnie na ocenę powinności działania zamawiającego w sposób zgodny z treścią przepisów Prawa zamówień publicznych poprzez obowiązek prawidłowej oceny treści złożonych ofert w zakresie ich zgodności z treścią SIWZ.

W opisanym powyżej stanie faktycznym - bezsprzecznie zaoferowany przez H.K. produkt w pozycji 2, części 14 zamówienia, nie odpowiada treści SIWZ, co oznacza,
że zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty H. K. na podstawie art. 89
ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe przesądza także o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający, w dniu 19 stycznia 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania
do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 22 stycznia
2021 r. wykonawca: **H. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich**zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r." złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą H. K., po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi
na odwołanie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego
i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w zakresie części 14 zamówienia ofertę H. K. pomimo, że zdaniem odwołującego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako jedyna nieodrzucona, a zatem najkorzystniejsza w zakresie części 14 zamówienia. Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonania zamówienia, co oznacza, że został naruszony jego interes w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwość powstania po jego stronie szkody, rozumianej jako brak możliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia w części nr 14.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej. Izba dopuściła i przeprowadziła na rozprawie dowody wnioskowane przez odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, w tym dowód z oględzin preparatu oferowanego przez przystępującego oraz odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SIWZ jestdostawa produktów leczniczych, wyrobów medycznych, środków biobójczych, kosmetyków i urządzeń do Apteki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Zamówienie zostało podzielone na 20 części. Część 14, w poz. nr 2, której dotyczy przedmiotowe odwołanie obejmuje, zgodnie z opisem zamawiającego: „Preparat w płynie do częstego mycia rąk, dozowany w pianie, bezzapachowy, delikatny, łagodny dla skóry, dozowany z dozownika bezdotykowego (automatycznego - fotokomórka). Wkład hermetycznie zamknięty (zabezpieczony zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami do wnętrza opakowania), bez możliwości dolewania. Do dozowników bezdotykowych. Forma - piana, nie zawiera barwników".

Dalej Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu na część 14 złożył między innymi wykonawca H. K., który w pozycji nr 2 zaoferował produkt Nexa Sereman Sensitive 750 ml, producent Ecolab.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w toku postępowania wezwał przystępującego pismem z 17 listopada 2020 r. do złożenia dokumentów dotyczących poz. 2 arkusza cenowego potwierdzających, że zaoferowane produkty spełniają wymagania SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wykonawca H. K. przedłożył oświadczenie producenta produktu, z którego wynikało, że: „produkt Seraman Sensitive Foam (do NEXA) 6 x 750 ml symbol: 3083180jest zabezpieczony zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami. Wkład preparatu jest hermetycznie zamknięty (do wnętrza opakowania), bez możliwości ponownego napełniania". Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia i w konsekwencji oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą i wybrana w postępowaniu przez zamawiającego, w zakresie części 14.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy te zobowiązują zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, w zakresieinstytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty, wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzitu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są pomieszczane w SIWZ).

Można zatem generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Powyższe koresponduje z definicją zawartą w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, według której oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie woli składane przez wykonawcę w ofercie, ma określić istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcą.

SIWZ, jako podstawowy dokument w postępowaniu, określający zakres zobowiązania wykonawcy, warunki

przetargu, wymagania których spełnienie jest konieczne w postępowaniu, sporządzona zgodnie z art. 36 ustawy Pzp, determinuje treść oferty, rozumianą jako wyrażony w niej zakres zobowiązania wykonawcy, które musi on zadeklarować składając ofertę. Tym samym wszystkie istotne postanowienia umowy określane będą bezpośrednio w treści oferty, w szczególności jeżeli takie wymaganie wynika z treści SIWZ sporządzonej przez zamawiającego w sytuacji, gdy ten takiej konkretyzacji oczekuje. Przypomnieć także należy, że jeżeli w treści SIWZ zamawiający precyzuje określone wymagania co do właściwości i cech zamawianych produktów, ma obowiązek na etapie oceny złożonych ofert zweryfikować czy te szczegółowo określone przez niego oczekiwania – zostały spełnione, innymi słowy musi zweryfikować czy oferowany przez wykonawcę produkt takie właściwości posiada.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba zauważa, że w treści SIWZ zamawiający sprecyzował, że w części 14, poz. 2 wkład, w którym znajduje się preparat do mycia rąk w płynie musi być hermetycznie zamknięty (zabezpieczony zestawem zaworów uniemożliwiających zasysanie powietrza wraz z mikroorganizmami do wnętrza opakowania), bez możliwości dolewania. Pomimo tak precyzyjnie sformułowanego wymagania zamawiający nie zweryfikował czy produkt Seraman Sensitive Foam (do NEXA) 6 x 750 ml symbol: 3083180 takie cechy posiada.

Stało się tak, chociaż odwołujący w toku postępowania sygnalizował zamawiającemu, że ma wątpliwości co do cech tego produktu, przesyłając mu link do filmu na którym prezentowany jest ten produkt, na którym to widać, że pojemnik z płynem można w sposób łatwy odkręcić. Tym samym po jego zużyciu pojemnik można uzupełnić ponownie (możliwe jest bowiem ponowne zakręcenie nakrętki). Zamawiający badanie ofert ograniczył do wezwania wykonawcy H. K. do złożenia wyjaśnień. Co istotne pomimo, że wyjaśnienia te w żaden sposób nie odpowiadały na wątpliwości co do posiadanych właściwości, zamawiający przyjął ogólne oświadczenie producenta produktu, które wyłącznie powielało w swojej treści treść wymagania opisane w SIWZ. Z kolei w odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że ma wątpliwości odnośnie tożsamości produktu, którego dotyczy film, albowiem na produkcie widocznym na filmie widnieje inny kod EAN niż na produkcie zaoferowanym przez przystępującego, tymczasem jak wyjaśnił odwołujący kod ten nie identyfikuje samego produktu. Zamawiający na etapie badania ofert nie podjął nawet próby weryfikacji czy twierdzenia odwołującego, dotyczące braku zgodności oferowanego przez Henry Kruse produktu z SIWZ - mają odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Wątpliwości odwołującego, co do spełniania wymagań opisanych w SIWZ potwierdził dowód z okazania produktu zaoferowanego przez przystępującego, przeprowadzony na rozprawie. Odwołujący zaprezentował produkt przez niego zakupiony, oryginalnie zapakowany, na opakowaniu którego widniał symbol tożsamy do zaoferowanego przez przystępującego w postępowaniu. Nie budziło wątpliwości, że nakrętkę znajdującą się na pojemniku można było z łatwości odkręcić, a następnie ponownie zakręcić. Możliwe jest zatem, że po zużyciu płynu ponownie zostanie on uzupełniony a wkład, z innym już produktem będzie ponownie użyty. Pomimo zatem deklarowanych przez producenta cech w postaci hermetycznego zamknięcia i zabezpieczenia przed możliwością ponownego dolewania płynu - produkt ten nie posiada żądanych przez zamawiającego właściwości. Co także istotne, a co stwierdzono podczas okazania produktu plastik, z którego pojemnik jest wykonany jest dość gruby co powoduje, że nie odkształca się w trakcie zużywania się płynu. Czyni to tym łatwiejszym, bo wymaga jedynie uprzedniego nieznacznego ukształtowania pojemnika - ponowne jego wykorzystanie, po dolaniu innego płynu. W tym miejscu przypomnieć należy ponownie, że wymaganie zamawiającego brzmiało jednoznacznie: „bez możliwości dolewania”.

Jakkolwiek nie jest przedmiotem niniejszego odwołania spełnianie wymagań SIWZ w tym zakresie w odniesieniu do produktu odwołującego, Izba przeprowadziła również na rozprawie dowód z okazania preparatu GOJO (oferowany przez odwołującego w postępowaniu w poz. 2, część 14 zamówienia). W wyniku tej czynności Izba stwierdziła, że w przeciwieństwie do preparatu oferowanego przez wykonawcę H. K., nakrętki w pojemniku zaoferowanym przez odwołującego, z uwagi na znajdujące się tam zabezpieczenie nie można odkręcić, pomimo prób podejmowanych zarówno przez przewodniczącą składu orzekającego, odwołującego i pełnomocnika przystępującego. Ten ostatni twierdził wprawdzie, że jest to możliwe i wymaga wyłącznie większej siły. W ocenie Izby nie ulega jednak wątpliwości, że poprzez zastosowane rozwiązanie zabezpieczające nakrętkę - w tym przypadku istnieje skuteczna bariera zapobiegająca łatwe odkręcenie i zakręcenie pojemnika. Dodatkowo materiał, z jakiego wykonany jest pojemnik oferowany przez odwołującego, jest znacznie cieńszy, niż to miało miejsce w przypadku wyrobu przystępującego. W efekcie, w trakcie jego używania i zmniejszenia się ilości płynu pojemnik, który wykonany jest z cienkiego plastiku zasysa się, a po całkowitym zużyciu płynu tworzy się „harmonijka” przypominająca zgiętą butelkę na wodę. Pojemnika tego nie można odkształcić do pierwotnej postaci i uzupełnić go ponownie płynem.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że oceniając właściwości oferowanego przez przystępującego produktu, należy dojść do wniosku, że nie spełnia on wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Niezależnie od deklaracji producenta, które zawarte zostały w ulotce, czy potwierdzone w złożonym oświadczeniu, wyrób ten wymagań tych nie spełnia. W konsekwencji obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie spełniającej wymagań SIWZ.

W konsekwencji uznać należy, że zamawiający dopuścił się również naruszenia innych, wskazywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp tj. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……..……