

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2024 r. przez wykonawcę R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. Firma Handlowa TREBOR w Radomsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu 3 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Krakowie:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 (zadanie nr 1) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie posiadania przez produkt zaoferowany w poz. 11 formularza cenowego wymaganego atestu do bezpośredniego kontaktu z żywnością;
 - 1.2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 (zadanie nr 3) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanego w poz. 13 formularza cenowego produktu;
 - 1.3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 8 (zadanie nr 8) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanych w poz. 72, 78 i 79 formularza cenowego produktów;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw - Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. Firma Handlowa TREBOR w Radomsku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw - Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 142 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści dwa złote zero groszy) poniesioną przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw - Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym na rzecz odwołującego R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. Firma Handlowa TREBOR w Radomsku kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w trybie podstawowym na dostawę farb i artykułów malarskich (nr ref. 35/2024/D). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00102639/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 marca 2024 r. wykonawca R.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.T. Firma Handlowa TREBOR w Radomsku (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym (dalej jako „Przystępujący”) w zadaniach nr 1, nr 3 i nr 8, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania, w zakresie pierwszej, trzeciej i ósmej części zamówienia objętego przedmiotem postępowania (Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 8), w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadniony wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2.art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w zakresie pierwszej, trzeciej i ósmej części zamówienia objętego przedmiotem postępowania (Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 8).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pierwszej, trzeciej i ósmej części zamówienia objętego przedmiotem postępowania (Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 8) i ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie ww. części zamówienia. Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wg norm przepisanych.

W odniesieniu do Zadania nr 1 Odwołujący wskazał na poz. 11 Formularza cenowego, podnosząc, iż Przystępujący zaoferował wyrób Teluria TELPOX T300 Emalia epoksydowa bezrozpuszczalnikowa do kontaktu z żywnością kolor biały wg RAL 9010, który w ocenie Odwołującego nie posiada atestu PZH, co było kryterium spełniającym warunki SWZ. Tym samym wyrób ten jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego i oferta Firmy Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym winna być odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W zakresie Zadania nr 3 w odwołaniu wskazano, iż Przystępujący zaoferował w poz. 8 wyrób Aned, zaś w poz. 9 wyrób Malexim farba młotkowa szara. Odwołujący podniósł, iż oba produkty miały być ze sobą kompatybilne (tego samego producenta). Producent farby Malexim żąda zastosowania rozcieńczalnika Malsolwent nr 2 produkcji Malexim – jest to rozcieńczalnik akrylowy, natomiast Przystępujący oferuje rozcieńczalnik Firmy Aned (inny producent) ftalowy. Różnica pomiędzy rozcieńczalnikiem ftalowym, a akrylowym jest zasadnicza. Rozcieńczalnik ftalowy nie nadaje się do rozcieńczania farb akrylowych, a taki zaoferował Przystępujący.

Ponadto Odwołujący wskazał na poz. 13, podnosząc, że Zamawiający żąda lakieru akrylowego w sprayu Firmy Spraila w RAL 6003 lub równoważnego. Przystępujący oferuje lakier akrylowy produkcji Champion 400ml RAL 6003. Odwołujący wskazał, iż z otrzymanych informacji od Firmy Champion BPSp. z o.o. oraz Champion ColorPlus P. Lelito Sp. J. wynika, iż nie produkują lakieru akrylowego w wyżej wymienionym kolorze – RAL 6003. Jaki więc produkt oferuje Przystępujący skoro nie ma żadnych informacji od Producenta, aby taki wyrób wytwarzał. Jak więc można porównać parametry techniczne, skoro taki produkt nie istnieje. Ponadto Zamawiający żądał podania producenta, nazwy handlowej lub/i numeru katalogowego oferowanego produktu umożliwiającego jego identyfikację. Firma Champion jako taka nie istnieje – jest Champion BPSp. z o.o. oraz Champion ColorPlus P. Lelito Sp. J., są to dwa niezależne ze sobą podmioty gospodarcze, w żaden sposób nie powiązane. Tym samym wyrób ten jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego i oferta Przystępującego winna być odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

W zakresie Zadania nr 8 Odwołujący wskazał na poz. 72, 78 i 79 formularza cenowego, podnosząc, iż Przystępujący w poz. 72 oferuje produkt Champion - z uzyskanych informacji zarówno od Champion BP Sp. z o.o. oraz Champion Color Plus P. Lelito Sp. J., żaden z tych producentów nie produkuje farby w RAL 6031. Również w poz. 78 i 79 Przystępujący oferuje produkty Champion, jednak z uzyskanych informacji od Firmy Champion BP Sp. z o.o. oraz Champion Color Plus P. Lelito Sp. J. wynika, iż nie produkują farb w sprayu w przedmiotowych kolorach. Jak więc można porównać parametry techniczne oferowanego produktu do żądanego przez Zamawiającego produkty Firmy STANDOX skoro taki produkt nie istnieje. Ponadto zgodnie z rzędem 3 Formularza Cenowego Zamawiający żądał podania producenta, nazwy handlowej lub/i numeru katalogowego oferowanego produktu umożliwiającego jego identyfikację. Firma Champion jako taka nie istnieje – jest Champion BP Sp. z o.o. oraz Champion Color Plus P. Lelito Sp. J. są to dwa niezależne ze sobą podmioty gospodarcze, w żaden sposób nie powiązane. Tym samym wyrób ten jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego i oferta Przystępującego winna być odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał w sposób nieuzasadniony wyboru oferty Przystępującego w zakresie części pierwszej, trzeciej i ósmej (Zadania nr 1, zadania nr 3, zadania nr 8) i z przyczyn opisanych w treści zawiadomienia niewątpliwie narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający dokonał właściwej oceny ofert w świetle przepisów ustawy jak i zawartości dokumentacji ofertowej Odwołującego, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie wymienionych części zamówienia tj. pierwszej, trzeciej i ósmej objętego przedmiotem postępowania (Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 8).

Zamawiający w dniu 29 marca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie dotyczącym Zadania nr 1 Przystępujący podniósł, iż zaoferowana emalia posiada pozytywną ekspertyzę Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej, stanowiącego odpowiednik PZH, i jest dopuszczona do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (dowód: dokumentacja Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej z dnia 12 marca 2023 r., wydruk ze strony internetowej pod adresem: <https://trokentech.pl/emalia-przemyslowa-telpox-t-300/>, karta techniczna email epoksydowej Teluria Telpox T300 ze strony internetowej pod adresem: <https://trokentech.pl/karty-techniczne/2022-KT-TELPOX-T-300.pdf>).

W odniesieniu do Zadania nr 3 Przystępujący podniósł, iż zaferował, w pozycji nr 8 formularza cenowego, rozpuszczalnik ftalowy przedsiębiorstwa Aned, jako przeznaczony do farby młotkowej szarej przedsiębiorstwa Malexim, zaferowanej przez Przystępującego, w zakresie Zadania nr 3, w pozycji nr 9 formularza cenowego. Rozpuszczalnik ftalowy przedsiębiorstwa Aned przeznaczony jest do wyrobów alkidowych, olejnych i ftalowych: farb, lakierów, klejów, mas uszczelniających itp. (Dowód: korespondencja przedsiębiorstwa Aned z dnia 3 kwietnia 2024 r.). Z kolei Farba młotkowa przedsiębiorstwa Malexim jest wyrobem alkidowym, co wynika wprost z treści karty technicznej tegoż wyrobu (Dowód: karta charakterystyki mieszaniny chemicznej z 13 listopada 2018 r., dane techniczne z 12 grudnia 2016 r.). Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że skoro farba młotkowa przedsiębiorstwa Malexim jest wyrobem alkidowym, zatem rozpuszczalnik ftalowy przedsiębiorstwa Aned należy traktować jako rozpuszczalnik przeznaczony do tejże farby. Niezależnie od powyższego, wbrew twierdzeniu Odwołującego, z żadnych postanowień SWZ nie wynika aby wyroby zaferowane w pozycji nr 9 i 10 formularza cenowego, w zakresie Zadania nr 3, miały pochodzić od tego samego producenta. Co więcej Odwołujący odnosi swoje zarzuty do rozcieńczalnika, tymczasem Zamawiający, w pozycji nr 8 opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie Zadania nr 3, stanowiącego jednocześnie formularz cenowy, wymagał zaferowania rozpuszczalnika. Tym samym za bezzasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego o rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w postępowaniu.

W zakresie dotyczącym poz. 13 formularza cenowego w Zadaniu nr 3, Przystępujący wskazał, iż zaferował lakier akrylowy w sprayu przedsiębiorstwa Champion, w pojemnik 400 ml, RAL 6003. Przystępujący jest w stanie dostarczyć lakier akrylowy przedsiębiorstwa Champion w wymaganym przez Zamawiającego kolorze RAL 6003, chociażby z tej przyczyny, że producent lakieru może wyprodukować lakier akrylowy w wymaganym przez danego kontrahenta kolorze. Niezależnie od powyższego, jeżeli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do oznaczenia producenta, nazwy handlowej i/lub numeru katalogowego produktu oferowanego przez Przystępującego, winien był w tym zakresie skorzystać z uprawnienia przewidzianego w dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tym samym za bezzasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego o rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu.

W odniesieniu do Zadania nr 8 Przystępujący wskazał, iż w pozycji nr 72, 78 oraz 79 formularza cenowego, zaferował odpowiednio lakier akrylowy przedsiębiorstwa Champion zielony połysk w aerozolu RAL 6031, lakier akrylowy przedsiębiorstwa Champion szary mat oraz lakier akrylowy przedsiębiorstwa Champion khaki mat. Przystępujący wskazał, iż jest w stanie dostarczyć lakier akrylowy przedsiębiorstwa Champion w wymaganym przez Zamawiającego kolorach, tj. odpowiednio RAL 6031, szary mat oraz khaki mat. chociażby z tej przyczyny, że producent lakieru może wyprodukować lakier akrylowy w wymaganym przez danego kontrahenta kolorze. Niezależnie od powyższego, jeżeli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do oznaczenia producenta, nazwy handlowej i/lub numeru katalogowego produktów oferowanych przez Odwołującego, winien był w tym zakresie skorzystać z uprawnienia przewidzianego w dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Tym samym za bezzasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego o rzekomej niezgodności treści oferty

Przystępującego z warunkami zamówienia w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu Dolnym.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniach nr 1, 3 i 8 oraz odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1.załączonych do pisma Przystępującego, tj.:

- dokumentacja Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej z dnia 12 marca 2013 r.,
- wydruk ze strony internetowej pod adresem: <https://trokentech.pl/emalia-przemyslowa-telpox-t-300/>,
- karta techniczna emalii epoksydowej Teluria Telpox T300 ze strony internetowej pod adresem: <https://trokentech.pl/karty-techniczne/2022-KT-TELPOX-T-300.pdf>;
- korespondencja przedsiębiorstwa Aned z dnia 3 kwietnia 2024 r.;
- karta charakterystyki mieszaniny chemicznej z 13 listopada 2018 r., dane techniczne z 12 grudnia 2016 r.

2.złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy:

- atest higieniczny B.BK.60110.1393.2022,
- atest higieniczny B.BK.60210-1672/19,
- atest higieniczny HK/W/0814/01/2014,
- wydruki dotyczące formuł mieszanych RAL 9010 i RAL 9003
- wydruk ze strony internetowej firmy TrokenTech dotyczący produktu TELPOX T300,
- wydruk oświadczenia przedstawiciela firmy Radomska Fabryka Farb i Lakierów S.A.,
- wydruk oświadczenia przedstawiciela firmy Przedsiębiorstwo RANAL Sp. z o.o.,
- korespondencja mailowa z przedstawicielem, Firmy Handlowej „Barwa”,
- wydruk karty produktu Malsolwent nr 3,
- wydruk informacji dotyczących produktu lakier samochodowy spray – dorabiany w opak. 400 ml Standox,
- wydruk informacji dotyczących produktu lakier farba RAL 6003 polmat 16 – 40% winylo akryl spray 400 ml (Spraila)
- wydruk informacji dotyczących produktu Auto Acryl spray ChampionColor,
- karta techniczna produktu Champion Perfect Paint Farba Akrylowa w różnych kolorach RAL (Champion BP Sp. z o.o.),

3.złożonych przez Przystępującego podczas rozprawy:

- faktura nr 709/O/23 z 17.04.2023 r. dotycząca zakupu produktu Farba Champion uniwersalna ZIE.6003.MAT, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów.

Izba nie dopuściła dowodu z dwóch dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, tj. wydruków korespondencji mailowej z przedstawicielem firmy Champion BP Sp. z o.o. oraz z przedstawicielem firmy Champion Color Plus, wobec faktu, iż nie zostały one przekazane Zamawiającemu wraz z kopią odwołania ani nie zostały przekazane Zamawiającemu i Przystępującemu na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, do zamknięcia rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa farb i artykułów malarskich w podziale na 8 zadań, w tym Zadanie nr 1 – farby, lakiery, Zadanie nr 3 – lakiery, Zadanie nr 8 – farby, lakiery, mastyksy dla ZZUiE. Specyfikacja ilościowo – asortymentowa wraz z opisem przedmiotu zamówienia zawarta została w załączniku nr 3 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy. Zamawiający w punkcie III.3 SWZ podkreślił, iż przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania określone w OPZ/Formularz cenowy.

W punkcie IV SWZ wskazano, iż Zamawiający nie żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający w OPZ/Formularzu cenowym w kolumnie drugiej opisał wymagania dla zamawianego asortymentu, zaś w kolumnie trzeciej wymagał podania przez wykonawcę „producenta, nazwy handlowej lub/i numeru katalogowego oferowanego produktu umożliwiającego jego identyfikację”. Zamawiający na końcu dokumentu zawarł także następujące adnotacje: „Za równoważny uznany zostanie produkt spełniający parametry równoważności wskazane w formularzu cenowym dla danej pozycji. Uwaga! 1. W przypadku użycia w opisie przedmiotu zamówienia symbolu katalogowego lub nazw własnych Zamawiający wprowadza zapis „lub równoważny”. 2. W formularzu cenowym należy wypełnić kolumny „cena jednostkowa”, „wartość netto”, „podatek VAT”, „wartość brutto”, „nazwa handlowa lub/i numer katalogowy oferowanego produktu umożliwiający jego identyfikację.” 3. Nieuzupełnienie danych zgodnie z zasadami określonymi w pkt 2 będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SWZ.”

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 1 w poz. 11 Zamawiający wskazał emalia epoksydowa bezrozpuszczalnikowa do kontaktu z żywnością kolor biały wg RAL 9010, zastosowanie do malowania powłok na drewnie, metalu, tworzywach sztucznych powierzchni urządzeń spożywczych, które mają kontakt z żywnością. Emalia epoksydowa nie wydzielająca uciążliwego zapachu w czasie aplikacji, odporna na wilgoć, czyszczenie środkami chemicznymi, łatwowymywalna o wysokim połysku, posiadająca atest PZH do bezpośredniego kontaktu z żywnością. Farba dwuskładnikowa (baza wraz z utwardzaczem łącznie kpl w opakowaniach nie większych niż 10 litrów), wydajność nie mniej niż 6,5m²/L.

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 3 w poz. 8 Zamawiający wskazał rozpuszczalnik do farby młotkowej szarej w opakowaniu 1L, przeznaczony do pozycji 9. W poz. 9 wskazano: farba młotkowa szara. Jednoskładnikowa farba przeznaczona do antykorozyjnego malowania powierzchni stalowych, żeliwnych, nie wymagająca malowania farbą podkładową; zastosowanie: do wewnątrz i na zewnątrz pomieszczeń; wydajność minimum 8 m² z litra, w opakowaniach 700 ml.

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 3 w poz. 13 Zamawiający wskazał lakier akrylowy SPRILA w sprayu pojemnik 400 ml, RAL 6003 lub równoważny. Parametry równoważności: do zastosowań uniwersalnych, szybkoschnący, dobrze kryjący, do zastosowań na zewnątrz, zapewniający twardą powłokę ochronną lakierowanego elementu.

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 8 w poz. 72 Zamawiający wskazał lakier akrylowy zielony połysk w aerozolu RAL 6031, charakteryzuje się bardzo dobrą przyczepnością do drewna, metalu, szkła i tworzyw sztucznych. Cechuje go długotrwały połysk i dobra twardość powierzchni. Odporny na benzynę, substancje chemiczne i warunki atmosferyczne oraz promieniowanie UV, w opakowaniach 400 ml.

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 8 w poz. 78 Zamawiający wskazał lakier akrylowy szary mat STANDOX lub równoważny RAL 7040. Parametry równoważności: Szybkoschnący, elastyczny i odporny na promieniowanie UV. Podwyższona twardość, odporność na ścieranie i warunki atmosferyczne. temp. malowania 20C, Używany do lakierowania powierzchni metalowych, w opakowaniach 400 ml.

W OPZ/Formularzu cenowym dla Zadania nr 8 w poz. 79 Zamawiający wskazał lakier akrylowy khaki mat STANDOX lub równoważny RAL 6013 Parametry równoważności: Szybkoschnący, elastyczny i odporny na promieniowanie UV. Podwyższona twardość, odporność na ścieranie i warunki atmosferyczne, temp. malowania 20 C. Używany do lakierowania powierzchni metalowych, w opakowaniach 400 ml.

W postępowaniu oferty złożyli Odwołujący, Przystępujący i jeszcze jeden podmiot. Przystępujący w Zadaniu nr 1 w poz. 11 zaoferował produkt: TELURIA TELPOX T300 Emalia epoksydowa bezrozpuszczalnikowa do kontaktu z żywnością kolor biały wg RAL 9010. Przystępujący w Zadaniu nr 3 w poz. 8 zaoferował produkt: ANED ROZPUSZCZALNIK FTALOWY, w poz. 9 produkt: MALEXIM Farba młotkowa szara, a w poz. 13 CHAMPION Lakier akrylowy w sprayu pojemnik 400 ml, RAL 6003. Przystępujący w Zadaniu nr 8 w poz. 72 zaoferował produkt: CHAMPION Lakier akrylowy zielony połysk w aerozolu RAL 6031, w poz. 78 produkt: CHAMPION Lakier akrylowy szary mat, a w poz. 79 produkt: CHAMPION Lakier akrylowy khaki mat.

Zamawiający w dniu 19 marca 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniach nr 1, 3 i 8.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera

najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (przepis przywołany w uzasadnieniu zarzutów odwołania) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów.

W odniesieniu do Zadania nr 1 Izba stwierdziła, iż podstawą faktyczną zarzutu odwołania był brak posiadania przez zaoferowany przez Przystępującego produkt (TELURIA TELPOX T300 Emalia epoksydowa bezrozsypująca do kontaktu z żywnością kolor biały wg RAL 9010) wymaganego w świetle opisu przedmiotu zamówienia atestu PZH. Przystępujący nie kwestionował okoliczności, że zaoferowana emalia nie posiada atestu PZH do bezpośredniego kontaktu z żywnością wydawanego przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy. Przystępujący podniósł jednak, że produkt ten posiada atest Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej, odpowiednik polskiego atestu PZH.

Izba wskazuje, iż przepisy ustawy Pzp nakładają na instytucje zamawiające obowiązek, aby opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych dopuścić rozwiązania równoważne opisywanym (por. art. 101 ust. 4 ustawy Pzp). Podobnie wymagając złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający ma obowiązek zaakceptować również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność (por. art. 105 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający powinien zatem co do zasady dopuścić produkt posiadający równoważny do atestu PZH atest (certyfikat) do bezpośredniego kontaktu z żywnością.

Przystępujący na potwierdzenie posiadania przez zaoferowany produkt stosownego atestu załączył do pisma procesowego dowody w postaci dokumentacji Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej, wydruku ze strony internetowej: <https://trokentech.pl/emalia-przemyslowa-telpox-t-300/> oraz karty technicznej emalii epoksydowej Teluria Telpox T300. Dowody te jednak w ocenie Izby nie rozwiewają wątpliwości co do posiadania przez zaoferowany produkt wymaganego atestu do bezpośredniego kontaktu z żywnością. Przede wszystkim załączona ekspertyza Państwowego Instytutu Zdrowia Republiki Czeskiej wbrew twierdzeniom Przystępującego nie pochodzi z 12 marca 2023 r., lecz z 12 marca 2013 r., a zatem sprzed jedenastu lat. Jak zaś wykazał Odwołujący za pomocą złożonych przykładowych atestów higienicznych, tego rodzaju certyfikacje wystawiane są co do zasady na określony czas (od 3 do 5 lat). Z kolei karta techniczna produktu przedstawiona przez Przystępującego wskazuje, iż farba TELPOX T 300 w kolorze białym RAL 9003 została zatwierdzona do malowania powierzchni, które wchodzi w kontakt z żywnością, niemniej po pierwsze z karty tej nie wynika, jakiego rodzaju jest to zatwierdzenie (jaka instytucja go dokonała, jaki atest/certyfikat posiada ten produkt), a po drugie odnosi się ona do produktu w kolorze białym RAL 9003, podczas gdy Przystępujący zaoferował emalię TELPOX T 300 w kolorze białym RAL 9010 (takie było bowiem wymaganie OPZ).

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze wykazało, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego czy zaoferowany przez Przystępującego w poz. 11 w Zadaniu nr 1 produkt faktycznie posiada atest, który można byłoby uznać za równoważny dla atestu PZH. Niemniej odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko wtedy, gdy niezgodność ta jest jednoznaczna i niewątpliwa. Zamawiający podczas rozprawy wskazał, iż podjął stosowne działania, aby zweryfikować przedmiotową kwestię, m.in. kontaktując się z Państwowym Instytutem Zdrowia Republiki Czeskiej, niemniej miało to miejsce już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie przedstawił także żadnych dowodów, które wykazałyby jego stanowisko, iż ekspertyza ww. instytucji nie może być uznana za równoważną do atestu PZH. Dlatego też Izba uznała, że okoliczność ta powinna podlegać szczegółowemu zbadaniu przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie posiadania przez produkt zaoferowany w poz. 11 formularza cenowego wymaganego atestu do bezpośredniego kontaktu z żywnością. Izba nie jest bowiem uprawniona do zastępowania Zamawiającego w czynnościach, jakie w świetle przepisów powinien podjąć. Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania oferty Przystępującego w zakresie poz. 11 w Zadaniu nr 1 i po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień podjąć decyzję czy oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, czy też nie.

W dalszej kolejności Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego, iż oferta Przystępującego jest

niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie poz. 13 w Zadaniu nr 3 oraz w zakresie poz. 72, 78 i 79 w Zadaniu nr 8. Izba odnie się do ww. pozycji w sposób zbiorczy, ponieważ zarzuty ich dotyczące zostały oparte na takiej samej argumentacji.

W ocenie Izby słusznie podniósł Odwołujący, iż sposób zaprezentowania informacji o oferowanych produktach uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie ich identyfikacji, a w konsekwencji w przypadku poz. 72 w Zadaniu nr 8 także oceny czy spełnione zostały określone w OPZ wymagania, a w przypadku poz. 13 w Zadaniu nr 3 oraz poz. 78 i 79 w Zadaniu nr 8 oceny czy spełnione zostały wymagane parametry równoważności.

Izba wskazuje, iż konstrukcja Formularza cenowego, który wypełnić mieli wykonawcy, nakładała na nich obowiązek podania określonych informacji. Zamawiający m.in. wymagał podania w kolumnie trzeciej „producenta, nazwy handlowej lub/i numeru katalogowego oferowanego produktu umożliwiającego jego identyfikację”. Wykonawcy mieli zatem obowiązek w taki sposób opisać oferowany produkt, aby Zamawiający mógł ten produkt należycie zidentyfikować, a następnie zweryfikować (np. poprzez informacje o produkcie wynikające z powszechnie dostępnych w sieci Internet specyfikacji produktów czy kart katalogowych) pod kątem spełnienia określonych w OPZ wymagań. Wskazówki zawarte w tym zakresie przez Zamawiającego w Formularzu cenowym były jasne i spójne. Zamawiający we wzorze tego dokumentu wprost wskazał, iż niezpełnienie wymaganych danych będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SWZ.

Przystępujący w pozycji 13 w Zadaniu nr 3 oraz pozycjach 72, 78 i 79 w Zadaniu nr 8 zaoferował produkty, które opisał kolejno jako: CHAMPION Lakier akrylowy w sprayu pojemnik 400 ml, RAL 6003. CHAMPION Lakier akrylowy zielony połysk w aerozolu RAL 6031, w poz. 78 produkt: CHAMPION Lakier akrylowy szary mat, a w poz. 79 produkt: CHAMPION Lakier akrylowy khaki mat. Przystępujący nie zidentyfikował prawidłowo producenta oferowanych produktów, jak bowiem wykazał Odwołujący wśród firm oferujących lakiery akrylowe występują co najmniej dwie firmy o takiej nazwie (Champion BP Sp. z o.o. oraz Champion Color Plus P. Lelito Sp. j.). Przystępujący okoliczności tej nie kwestionował. Ponadto Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że w oparciu o dane wskazane przez Przystępującego w Formularzu cenowym jest możliwe ustalenie, jaki konkretnie produkt zaoferowano. W szczególności Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie złożył żadnych dowodów, potwierdzających, że lakiery akrylowe w wyżej wskazanych kolorach, występują w ofercie którejśkolwiek firmy Champion. Cała argumentacja przedstawiona przez Przystępującego sprowadzała się do jednego zdania: że producent może wyprodukować lakier akrylowy w wymaganym kolorze. Przystępujący nawet nie wskazał, jakiego producenta ma tu na myśli (którą firm Champion). Przystępujący nie zaprzeczył, że wśród produktów Champion nie występują w standardowej ofercie lakiery o wymaganych przez Zamawiającego kolorach. Złożona przez Przystępującego jako dowód faktura wystawiona przez Champion Color Plus P. Lelito Sp. j. dotyczy zakupu farby uniwersalnej zielony mat RAL 6003, a nie wymaganego w OPZ lakieru akrylowego w sprayu RAL 6003, a zatem nie wykazuje też Przystępującego.

W ocenie Izby na podstawie informacji przedstawionych przez Przystępującego w pozycji 13 w Zadaniu nr 3 oraz pozycjach 72, 78 i 79 w Zadaniu nr 8 Zamawiający nie był w stanie zidentyfikować produktu, jaki mu zaoferowano i zweryfikować czy spełnia wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, skoro brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia producenta produktów, a ponadto nie występują one w standardowych ofertach żadnej z dwóch potencjalnych firm o nazwie Champion, które produkują tego rodzaju lakiery. Oferta Przystępującego nie jest kompletna w powyższym zakresie. Brak ten nie może podlegać uzupełnieniu w drodze wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do konkretyzacji treści oferty po upływie terminu na jej złożenie w zakresie danych o istotnym charakterze, identyfikujących oferowany produkt.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w pozycji 13 w Zadaniu nr 3 oraz w pozycjach 72, 78 i 79 w Zadaniu nr 8, a jako taka powinna podlegać odrzuceniu. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 3 i Zadaniu nr 8 oraz powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Natomiast Izba za niewykazane uznała twierdzenia Odwołującego odnoszące się do niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie poz. 8 w Zadaniu nr 3 (rozpuszczalnik do farby młotkowej).

Po pierwsze nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż produkty oferowane w poz. 8 (rozpuszczalnik do farby młotkowej) oraz w poz. 9 (farba młotkowa szara) miały pochodzić od tego samego producenta. Taki wymóg nie wynika z opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał jedynie, aby oferowany rozpuszczalnik był rozpuszczalnikiem „do farby młotkowej szarej”, czyli takim, który może znaleźć zastosowanie do rozcieńczenia farby młotkowej. Takie wymaganie nie wyklucza zaoferowania rozpuszczalnika innego producenta niż producent farby. Nie zmienia tego okoliczność, że producent może zalecać zastosowanie określonego rozpuszczalnika, jest to tylko zalecenie. W świetle

postanowień OPZ Przystępujący mógł zatem zaferować w poz. 8 rozpuszczalnik innego producenta niż producent farby młotkowej zaferowanej w poz. 9.

Po drugie argumentacja zawarta w odwołaniu została oparta na błędnym założeniu, iż zaferowana przez Przystępującego farba młotkowa jest farbą akrylową, a Przystępujący zaferował rozpuszczalnik ftalowy, który nie nadaje się do rozcieńczania farb akrylowych. Tymczasem Przystępujący zaferował farbę młotkową Malexim, która jest wyrobem alkidowym (jako dowód przedstawiono kartę charakterystyki produktu) oraz rozpuszczalnik przeznaczony do wyrobów alkidowych, olejowych i ftalowych (co potwierdzono dowodem w postaci oświadczenia firmy Aned – producenta rozpuszczalnika).

W odwołaniu nie przedstawiono jakiegokolwiek dalszej argumentacji poza powyższą, wobec czego nie sposób stwierdzić, aby Odwołujący wykazał niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w poz. 8 Formularza cenowego w Zadaniu nr 3. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu pozostają dodatkowe twierdzenia Odwołującego prezentowane podczas rozprawy w odniesieniu do braku kompatybilności pomiędzy ww. produktami zaferowanymi przez Przystępującego oraz złożony na tę okoliczność dowód (wydruk karty produktu Malsolwent nr 3), ponieważ wykraczają one poza podstawy faktyczne zarzutu zawarte w odwołaniu i stanowią argumentację spóźnioną.

Tym samym w zakresie dotyczącym poz. 8 w Zadaniu nr 3 zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Kwestia ta nie rzutowała jednak na ostateczne rozstrzygnięcie, ponieważ oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu w Zadaniu nr 3 z uwagi na stwierdzoną niezgodność z warunkami zamówienia w pozycji 13 Formularza cenowego.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Przystępującego jako wykonawcę wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:.....