

Sygn. akt: KIO 2384/23

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego – W. W. **prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. Arkan W. W.**, ul. Sianowska 1, 80-298 Gdańsk

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. A. Piechowskiego 36, 83-400 Kościerzyna

przy udziale

Wykonawcy **Helplast H. i Wspólnicy Polska Spółka jawna** ul. Powstańców Śląskich 11, 43-190 Mikołów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

21. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.541 zł 60 gr. (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści jeden złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem kosztów Zamawiającego;
22. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.541 zł 60 gr. (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści jeden złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) 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 2384/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie, w trybie podstawowym na *dostawę środków i materiałów czystości* (sygn. postępowania: DZP/12/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.05.2023 r., 2023/S 089-272964, wobec czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert w pakiecie nr 1, wniesione zostało w dniu 11.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy W. W. (F.H.U. Arkan W. W.) – sygn. akt KIO 2358/23.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Helplast w ramach pakietu 1, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co wynika z badania złożonych przedmiotowych środków dowodowych, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Helplast w sytuacji, gdy oferta złożona została przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdzałby zgodność oferty z warunkami zamówienia;
- 2) art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp oraz w zw. z § 5 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołu postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez brak udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu, tj. podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Helplast oraz korespondencji jaka miała miejsce pomiędzy Helplast, a Zamawiającym w toku badania ofert pomimo złożenia przez Odwołującego wniosków w tym zakresie

- a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Helplast..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie oceny ofert w pakiecie nr 1, czynności wyboru oferty Helplast, nakazanie ponowienia czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenia oferty Helplast, udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu, tj. korespondencji jaka miała miejsce pomiędzy Helplast w toku badania ofert oraz podmiotowych środków złożonych przez tego Wykonawcę i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

O czynnościach Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 1.08.2023 r.

Podstawą zarzutu niezgodności oferty wybranej jest zaoferowane zamknięcie do worka o szerokości 3,4 (parametr wymagany) do 3,5 (parametr z dopuszczalną tolerancją). Odwołujący wskazał na rozbieżność pomiędzy wskazanym w ofercie produktem (opisanymi parametrami bez tolerancji) oraz opisanym w załączonej karcie (z dopuszczalnymi tolerancjami parametrów). Wykonawca również załączył próbki w 3 egzemplarzach. Odwołujący w obecności przedstawicieli komisji sprawdził próbki zapinek do worków – wszystkie miały te same parametry, w tym szerokość 3,65 mm.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Helplast H. i Wspólnicy Sp. j.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 24.08.2023 r.). Zamawiający poinformował również o przesłaniu odwołującemu korespondencji od wybranego Wykonawcy. Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut nr 2.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia swz i ofertę wybraną, jak również dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa środków i materiałów do utrzymania czystości w podziale na 15 pakietów. W pakiecie pierwszym ujęte zostały worki na odpady oraz zamknięcia do worków. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załącznikach nr 1 i 2 do swz.

W załączniku nr 2 Zamawiający opisał parametry worków (15 pozycji) oraz zapieć do worków, dla których określił rozmiar w mm, tj. szerokość – 3,4; długość – 200; grubość – 1,24. Zamawiający wskazał na tolerancję dla wymiarów zapieć worków w mm: długość – „+30”; szerokość – „+1”, grubość – „+0,4”.

Wraz z ofertą wykonawcy składali przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia wymagań, stanowiące w pakiecie nr 1: formularz cenowy, opis przedmiotu zamówienia (wypełniony załącznik nr 2), karta technologiczna produktu, próbki.

Umowa zawierana jest na 24 miesiące, a dostawy realizowane będą sukcesywnie, w zależności od potrzeb w terminie 10 dni roboczych od daty złożenia zamówienia, do każdej lokalizacji odrębnie.

W ofercie Helplast H. i Wspólnicy Sp. j. złożona została tylko na pakiet nr 1. W załączniku nr 2 Wykonawca potwierdził parametry wymagane wskazując te same wymiary w oferowanych zamknięciach do worków. W karcie technologicznej produktu Wykonawca potwierdził parametry zapieć wraz z dopuszczalną tolerancją wymiarów. Zapinka (plastikowa opaska, wewnętrznie ząbkowana) jednorazowa umożliwia jednokrotne zamknięcie worka z odpadami, bez jego ponownego otwarcia.

W dniu 1.08.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty na pakiet nr 1 – Helplast H. i Wspólnicy Sp. j.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył 3 próbki zapieć do worków, ocenione przez Komisję Przetargową.

Odwołujący przedstawił wraz z odwołaniem protokoły z badania próbek zapieć do worków, przeprowadzonych w obecności przedstawicieli Zamawiającego w dniu 24.07.2023 r. opatrzone podpisami Zamawiającego i Odwołującego. Protokół został przygotowany przez Odwołującego z podaniem parametrów wymaganych, w tym dla szerokości zamknięć podany został przedział w cm: „3,4-3,5”. W protokole odnotowano dokonany pomiar szerokości opaski – „3,65 mm”. Ten sam odczyt został udokumentowany na zdjęciu z pomiaru szerokości opaski. Żadna ze stron nie kwestionowała wyniku tego pomiaru.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Kwestią sporną w sprawie okazała się być treść swz, w której Zamawiający opisał dopuszczalne odstępstwo od wymiaru szerokości zapinki do worków „+1mm”. Odwołujący dopiero na rozprawie zauważył, iż wymiar wymagany „3,4 mm”, przy uwzględnieniu tolerancji + 1 mm, oznacza możliwość zaoferowania produktu mieszającego się w przedziale 3,4 – 4,4 mm. Tym samym pomiar szerokości opaski potwierdzający wymiar 3,65 mm mieścił się w granicach tolerancji wskazanej w OPZ. Powyższe prowadziło do podniesienia nowego argumentu przez Odwołującego, iż pomiaru zapinki należało dokonać w najszerszym miejscu, tj. przy zapince – główce, która została zmierzona na rozprawie i wskazuje na wymiar 6,37 mm.

Zamawiający nie zgodził się z takim rozumieniem zapisu swz z uwagi na funkcję zapinki wskazując w tym zakresie, iż *Elementem istotnym z punktu widzenia parametru szerokości użytkowania jest fragment zapinki, bez oczka. Oczko może być zawsze większe, a dla funkcji zapięcia znaczenie ma szerokość paska. Zamawiający nie precyzował parametrów oczka. To długość paska i jego szerokość są parametrami użytkowymi i mają wpływ na wytrzymałość. Również pomiar, jakiego dokonywał Odwołujący w trakcie badania próbki i w samym odwołaniu, odnosił się do szerokości paska, a nie zapinki.*

Izba uznała, iż wnioski Odwołującego co do sposobu pomiaru szerokości zapiecia do worków nie mają poparcia w OPZ, jak również są sprzeczne z celem i funkcją zapinki, dla której określony został wymiar szerokości 3,4 mm.

Należy zauważyć, iż Zamawiający nie wskazał miejsca pomiaru szerokości opaski, co oznaczało, iż potwierdzenie parametru szerokości mieszczącego się w przedziale 3,4 - 4,4 mm załączonej próbki, prowadziło do uznania zgodności z wymaganiami. Jednocześnie należy wskazać, iż parametr ten odnosić należało do opaski, która pełni funkcję zamknięcia, a nie szerokości całej główki samego zamknięcia, przez którą wprowadza się opaskę zaciskową. Dla wskazanego wymiaru znaczenie ma opaska, co ma również przełożenie na główkę, ale wyłącznie w części „oczka” przez, które następuje zapiecie opaski.

Przyjęcie wniosku Odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany parametru opaski, która przyjmując taki sposób rozumienia pomiaru szerokości, na odcinku samego paska musiałaby być o wiele mniejsza od 3,4 mm. Wskazuje na to pomiar szerokości „główki” zapiecia, w którym pasek ma szerokość 3,65 mm, a główka aż 6,37 mm. Jeżeli przyjmując, iż to

główka miałyby mieć wymiar mieszczący się w przedziale 3,4 - 4,4 mm, to opaska faktycznie musiałaby mieć wymiar nieprzekraczający 1mm. W ocenie składu orzekającego takie rozumienie wymiaru szerokości zapięcia do worków, jak prezentował Odwołujący nie da się pogodzić z treścią swz i dużym prawdopodobieństwem prowadziłyby do określenia parametru, który nie miałby żadnego sensu logicznego, gdyż zbyt cienki pasek mógłby prowadzić do przecięcia worka i wydaje się być zasadnym przyjęcie, iż nie jest w ogóle możliwym ustalenie, czy na rynku są produkowane tak cieniutkie opaski.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż wskazana tolerancja 1 mm oznaczała, że pomiar odnotowany w protokole 3,65 dla szerokości mierzonego paska mieści się w tolerancji, która wynosiła do 4,4 mm. Ponadto, słuszna była uwaga Zamawiającego, co do sposobu opisu parametru szerokości w protokole przygotowanym przez Wykonawcę, na którym podpisali się przedstawiciele Zamawiającego, uczestniczący w badaniu, jakiemu poddał próbki Odwołujący w dniu 24.07.2023 r. Wykonawca w przygotowanym na potrzeby tego badania protokole narzucił w poz. 16 błędny zapis tolerancji, tj. „3,4-3,5”, co nie wpływa na ocenę pomiaru mieszczącego się w prawidłowo ustalonym przedziale 3,4 – 4,4 mm. Ponadto, jedynie na marginesie należy zauważyć, iż również opisana w kolumnie jednostka pomiaru była błędna dla poz. 16 – „cm”. Nie ma to szczególnego znaczenia, gdyż strony rozumiały ten zapis w ten sam sposób, jako wymiar określony jednostką „mm”. Wiążące są postanowienia SWZ, a te określiły przedział dla wymiaru szerokości uwzględniający tolerancję +1mm, a nie +0,1mm.

W świetle powyższego, ocena oferty wybranej nie naruszała wytycznych dla merytorycznego badania zgodności zaoferowanych zapięć do worków z wymaganiami zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego w wysokości ustalonej na podstawie rachunków, obejmujące koszty wynagrodzenia, dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: