

## WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2025 r. przez Odwołującego wykonawcę Białmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży

### orzeka:

1.Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 103, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 542,80 zł (pięćset czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 15 542,80 zł (piętnaście tysięcy pięćset czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1948/25

## Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „dostawę wyrobów medycznych jednorazowego użytku i wyrobów medycznych wielorazowego użytku dla Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży, nr postępowania ZT-SZP- 226/01/97/2024 (zwane dalej: „postępowaniem”) z podziałem na 83 części (pakiety 84-166).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2024 r. pod numerem S 232/2024 726502-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 19 maja 2025 r. wykonawca Białmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w zakresie pakietu nr 103 polegających na:

1.niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego w pakiecie nr 103 oraz

2.niezasadnym unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 103.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego

w pakiecie nr 103, pomimo braku ku temu podstaw, gdyż zaofertowany przez Odwołującego

w poz. 2 tego pakietu przyrząd z workiem posiada wymagane przez SWZ wymiary worka 368x215mm, oraz

2.art. 255 pkt 2 pzp przez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo braku ku temu podstaw,

ponieważ oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, gdyż spełnia wymogi SWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 103,
- 2.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 103 oraz
- 3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 103, a w konsekwencji wybór w tym pakiecie oferty Odwołującego jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów postępowania, co wypełnia przesłanki z art. 505 ust. 1 pzp, albowiem przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert, unieważnieniu niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego, to właśnie oferta Odwołującego jako najkorzystniejsza - jedyna niepodlegająca odrzuceniu - zostałaby wybrana przez Zamawiającego w w/w pakiecie.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności przywołał okoliczności faktyczne zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu, wskazując że w dniu 9 maja 2025 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej informację o unieważnieniu postępowanie w zakresie pakietu nr 103 oraz odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego jako niezgodnej z wymogami SWZ.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w pakiecie 103, poz. 2 należało zaoferować przyrząd do przetaczania płynów m.in. z workiem o wymiarach 368x215mm.

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego podano, że zgodnie z pomiarami wykonanymi przez Zamawiającego zaoferowany przez Odwołującego przyrząd z workiem posiada rzekomo inne niż wymagane rozmiary. Zamawiający zbadał worki z wszystkich 4 próbek dostarczonych w ramach tego postępowania i stwierdził, iż każdy worek posiada inny rozmiar. Już ten fakt budzi wątpliwości co do rzetelności wykonanych pomiarów. Próbkę pochodziły z jednej serii i były fabrycznie zapakowane, a mimo to według Zamawiającego każdy z nich posiadał inny wymiar. Na zdjęciach z pomiarów załączonych przez Zamawiającego widać, że worki są naciągane w celu ich wyprostowania co w przypadku elastycznego materiału, z którego są wykonane, może skutkować przekłamaniami w wynikach pomiarów. Należy w tym miejscu wskazać, że rozbieżności pomiędzy wynikami pomiarów dokonanych przez Zamawiającego a wymiarami wskazanymi w SWZ to średnio 3mm, czyli wartość niezwykle mała, nieistotna, stanowiąca margines błędów przy pomiarach wykonywanych w taki sposób, w jaki wykonał to Zamawiający. Czyli w bliżej nieokreślonych warunkach co do temperatury i wilgotności, bez uwzględnienia współczynnika rozszerzalności, na materiale poskładanym i zaginającym do transportu, a przede wszystkim z użyciem zwykłej, wysłużonej linijki biurowej.

W tym miejscu należy też wskazać, że worek znajdujący się w zestawie wraz z przyrządem służy do osłony podawanego płynu, leku przed światłem. Nakłada się go na butelkę lub worek z płynem o pojemności 100ml, 250ml, 500ml, lub 1000ml. Największe pojemniki posiadają wymiary ok 280x150mm, co oznacza że z dużym zapasem mieszczą się w worku wymaganym przez Zamawiającego o wymiarach 368x215mm. Kilka milimetrów różnicy, na które rzekomo wskazuje Zamawiający, nie miałyby żadnego wpływu na użytkowanie tego produktu.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił zdjęcia i wyniki pomiarów Zamawiającego:

Próbka nr 1 wymiar 373 mm x 213 mm

Próbka nr 2 wymiar 374 mm x 215 mm

Próbka nr 3 wymiar 372 mm x 216 mm

Próbka nr 4 wymiar 373 mm x 216 mm

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2007 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać przymiary, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych każda miara powinna posiadać odpowiednie oznaczenia (potwierdzone certyfikatami), które stwierdzają, że zmierzona nią odległość jest prawdziwa. Każde urządzenie pomiarowe jest obarczone błędem, a wielkość tego błędu w przypadku taśm i przymiarów określa tzw. klasa dokładności. Taśmy (i inne przymiary) wykonuje się w trzech klasach dokładności: I, II i III. O przynależności do danej klasy decydują błędy graniczne dopuszczalne długości nominalnej i długości odcinka podziałki przymiaru zawartego między dwoma dowolnymi, następującymi po sobie wskazami podziałki. Błąd taki nie powinien przekraczać wartości obliczonej ze wzoru:

$\pm 2 (0,1 + 0,1 \cdot L)$  mm — dla przymiarów klasy dokładności I,

$\pm 2 (0,3 + 0,2 \cdot L)$  mm — dla przymiarów klasy dokładności II,

$\pm 2 (0,6 + 0,3 \cdot L)$  mm — dla przymiarów klasy dokładności III

Odwołujący poddał w wątpliwość czy Zamawiający dla użytego przyrządu, widniejącego na zdjęciach posiada taki certyfikat i jest w stanie określić jakiej klasy jest to urządzenie i jaki posiada margines błędów. Odpowiedź na ww. wątpliwość jest zdaniem Odwołującego jednoznaczna tj. przyrząd użyty do pomiarów nie jest w żaden sposób

certyfikowany.

Zastosowanie zwykłej linijki biurowej do pomiaru, z którego wynika rozbieżność kilku centymetrów, można zdaniem Odwołującego uznać za wystarczające, ale nie w przypadku, gdy rozbieżność wynosi np. 1 lub 2 milimetry przy oczekiwanej długości 215mm. Zgodnie z załączonym oświadczeniem producent, oferowany przez Odwołującego przyrząd Pinmed nr kat. PM10004AMBER-1 posiada w zestawie worek o wymiarach 368x215mm, czyli dokładnie taki, jakiego wymagał Zamawiający. Pomiary w fabryce dokonywane są przy użyciu certyfikowanych urządzeń na materiale, który nie jest pozaginany i składany do transportu, w określonych warunkach temperaturowych. Warunkiem uzyskania certyfikacji jest posiadanie walidowanych urządzeń pomiarowych.

Zamawiający podważył informację z karty katalogowej oraz oświadczenie producenta, które w jasny sposób określa wymiary worka do leków światłoczułych, tj. 368x215mm, potwierdzające parametry zawarte w OPZ i sam nieuprawnionym „narzędziem pomiarowym” zmierzył 4 próbki, które dały rozbieżne i różne wyniki.

Wynika z tego, że Zamawiający podważył w nieuprawniony sposób dokumenty wystawione przez Producenta oraz złożone przez Odwołującego, która w wyjaśnieniu z dnia 24.04.2025r., w jasny i precyzyjny sposób potwierdziła, że zaoferowany asortyment w Pakiecie nr 103 odpowiada wszystkim parametrom (łącznie z wymiarem worka) zawartym w treści SWZ, a ważniejszy dla Zamawiającego był pomiar zwykłą linijką biurową, która nie jest certyfikowana i sama w sobie posiada duży błąd pomiarowy. Dodatkowo przedstawione cztery próbki na zdjęciach zielonego worka były mierzone raz z zagięciami po wcześniejszym złożeniu albo worek był naciągany do mierzenia, stąd cztery różne wyniki pomiarowe na tej samej serii przyrządu bursztynowego ze wspomnianym workiem.

Przywołać należy w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3093/21, zgodnie z którym zamawiający ma możliwość sprawdzenia, czy zaoferowany produkt odpowiada zarówno postawionym w SWZ wymaganiom jak i parametrom zawartych w certyfikatach, czy raportach z badań, pod warunkiem, że posiada on odpowiednie laboratorium oraz oprzyrządowanie do wykonania takich badań. W innym przypadku wyniki badań mogą znacząco odbiegać od wyników uzyskanych w certyfikowanych laboratoriach. Niewątpliwym jest nadto, że w przypadku niektórych wyrobów (rękawic, worków) inny będzie wynik pomiaru ich wymiarów w sytuacji jego wykonania w laboratorium bezpośrednio po procesie produkcji, a inny po wyjęciu takiego wyrobu z opakowania w którym jest on ciasno spakowany przez długi okres czasu, co skutkuje powstaniem szeregu fałd i zmarszczeń, które wpływają na wartości pomiarów. Izba podkreśliła, że uzyskane wartości pomiarów zależą w od poprawności przygotowania wyrobu do pomiarów i dokonania takich samych czynności wobec wszystkich poddanych badaniu próbek, gdyż nawet drobne odstępstwa w tym zakresie dają nieprawidłowy odczyt parametrów w porównaniu z podanymi w raportach z badań wykonanych w odpowiednich warunkach. W sprawie rozpoznawanej przez Izbę – tak jak w sprawie niniejszej - stwierdzone odstępstwa od postawionego wymogu co do wymiarów wyrobu zawierały się w wielkości kilku milimetrów. Za uznaniem, że dokonany przez zamawiającego pomiar był nieprecyzyjny, przemawiał w ocenie Izby także fakt, iż dostarczone zostały wyroby z jednej partii, a niemalże w każdym przypadku uzyskano różne wyniki pomiaru, co biorąc pod uwagę tylko same doświadczenie życiowe wydaje się bardzo mało prawdopodobne, biorąc pod uwagę w pełni automatyczny proces produkcyjny. Izba uznała, że dokonanie odrzucenia w oparciu o tak mało dokładne pomiary narusza w sposób rażący zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dobrą praktyką w postępowaniach o udzielenie zamówienia jest także udział wykonawcy w trakcie dokonywania oceny jego próbki, czego zamawiający nie umożliwił. W konsekwencji w w/w sprawie, analogicznej do niniejszej, Izba uznała zarzut dotyczący niewłaściwego pomiaru długości wyrobu za zasadny.

Reasumując Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego na podstawie wątpliwej jakości pomiarów z użyciem niecertyfikowanych przyrządów, w sytuacji, gdy sam producent w oświadczeniu jasno określił wymiar produkowanego przez niego worka, tj. 368x215mm.

W dniu 10 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 255 pkt 2 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią Rozdziału XIII ust. 3 pkt 7 lit. g) SWZ wraz z ofertą Wykonawcy zobowiązani byli złożyć przedmiotowe środki dowodowe – Próbkę oferowanego asortymentu – dotyczy Pakietów, w których Zamawiający wymagał złożenia próbek (Zamawiający wymóg przedłożenia próbek określił w załączniku nr 6 do SWZ – Zestawienie asortymentowo-ilościowe i parametry wymagane). Próbkę oferowanego produktu winne być opisane przez Wykonawcę numerem Pakietu i pozycji, której dotyczą oraz nazwą Wykonawcy.

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ w pakiecie 103, poz. 2 należało zaoferować przyrząd do przetaczania płynów m.in. z workiem o wymiarach 368x215mm. Dla przedmiotowego asortymentu wymagano złożenia próbek w ilości 4 szt.

Odwołujący nie złożył ww. próbek wraz z ofertą, lecz próbki w ww. zakresie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lutego 2025 r.

W odniesieniu do ww. próbek Zamawiający skierował w dniu 24 lutego 2025 r. wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, przy czym zakres wezwania nie odnosił się do wymiarów złożonego asortymentu.

W dniu 9 kwietnia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie pakietu nr 103 oraz odrzuceniu oferty drugiego z wykonawców składających ofertę w ramach ww. pakietu tj. wykonawcy ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Zabrze (dalej „wykonawca ZARYS”). Przedmiotowa czynność wyboru nie była poprzedzona badaniem próbek złożonych przez Odwołującego.

Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wglądu do próbek złożonych przez Odwołującego dokonał wykonawca ZARYS (brak w dokumentacji informacji o dacie dokonania wglądu), który w piśmie z dnia 17 kwietnia 2025 r. wskazał, że *„W wyniku wglądu do przedłożonych próbek przez Firmę Bialmed, przeprowadzonego przez przedstawiciela naszej firmy, stwierdzono, iż dostarczona próbka worka posiada rozmiar 373 mm x 213 mm i tym samym jest niezgodna z wymaganym rozmiarem w SWZ”.*

W dniu 17 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował, że w związku z pismem wykonawcy ZARYS, na podstawie art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie 103 oraz dokonuje ponownego badania i oceny oferty. W dalszej kolejności w dniu 23 kwietnia 2025 r. Zamawiający powołując się na treść pisma wykonawcy ZARYS wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności wskazanych w piśmie wykonawcy ZARYS.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2025 r. oświadczył, że zaoferowany przyrząd z workiem w Pakiecie Nr 103 poz. 2 spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Według naszego przyrządu pomiarowego, worek do osłony przed światłem pakowany fabrycznie, a co najważniejsze sterylnie wraz z przyrządem, posiadał wymiar taki jak oczekiwał Zamawiający tj. 368 mm x 215 mm. Ponadto Odwołujący w wyjaśnieniach podkreślił, że *„pomiary worka wykonane przez konkurencję nie są obiektywne, co za tym idzie, zachodzi prawdopodobieństwo, że przedstawione wymiary odbiegają od rzeczywistych wymiarów worka. Ponadto nie mamy żadnych zdjęć potwierdzających wymiary, które przedstawia Zarys. Nie wiemy w jaki sposób zostały dokonane pomiary, w związku z tym nie mamy pewności czy pomiar został wykonany w sposób precyzyjny i rzetelny.”*

Po uzyskaniu ww. wyjaśnień, Zamawiający dnia 8 maja poinformował o wyniku postępowania w ramach Pakietu 103, w ramach którego odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił postępowanie w zakresie Pakietu 103. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego podano, że *„Zamawiający samodzielnie dokonał pomiarów worka do osłony w próbkach złożonych na wezwanie przez Odwołującego (4 szt.). W wyniku pomiarów, Zamawiający stwierdził rozbieżności wymiarów worka w złożonych próbkach z podanymi przez Wykonawcę wymiarami worka zawartymi w kartach katalogowych tj.*

*Próbka nr 1 wymiar 373 mm x 213 mm*

*Próbka nr 2 wymiar 374 mm x 215 mm*

*Próbka nr 3 wymiar 372 mm x 216 mm*

*Próbka nr 4 wymiar 373 mm x 216 mm*

*W związku z powyższym zaoferowany w Pakiecie 103 poz. 2 asortyment nie spełnia wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wymiarów zaoferowanego worka do osłony.*

Powyższe zostało uzupełnione dokumentacją fotograficzną przedstawiającą wykonanie pomiarów próbek

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. Przy czym ocena zgodność oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego winna odbywać się z poszanowaniem zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady proporcjonalności.

Zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym dokonując oceny ofert złożonych przez wykonawców Zamawiający nie zagwarantował narzędzi, które zapewniałyby przestrzeganie w/w zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia ze względu na niezgodność oferowanego asortymentu w zakresie wymiarów zaoferowanego worka do osłony. Zamawiający przeprowadził dwie próby fizykalne - 16 i 25 sierpnia 2023 r. Po przeprowadzeniu pierwszej próby fizykalnej Zamawiający poddał w wątpliwość spełnienie przez oferowaną nawierzchnię parametrów dotyczących 1) wysokości włókien, 6) wytrzymałości trawy na wyrywanie (próba ręczna). Po przeprowadzeniu drugiej próby fizykalnej Zamawiający stwierdził, iż nawierzchnia nie przeszła 1) próby ścierania podkładu, 2) badania struktury maty podkładowej oraz 3) badania porównawczego próbki z próbką porównawczą. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że nawierzchnia nie spełnia warunków zamówienia i odrzucił ofertę. Działanie Zamawiającego nie może być uznane za prawidłowe. Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu jest związany zasadami wynikającymi z art. 16 ustawy Pzp, w tym zasadą przejrzystości. Zasada przejrzystości stanowi narzędzie umożliwiające realizację zasady równego traktowania wykonawców. W analizowanym stanie faktycznym, nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający w SWZ nie zawarł żadnych postanowień co do zasad oceny próbek asortymentu, jaką wykonawcy byli zobowiązani złożyć Zamawiającemu. Co więcej, Zamawiający nie wskazał nawet, że próbka będzie podlegać badaniu. Zamawiający nie wskazał ani procedury wykonania takiego badania, ani też sposobu wyłonienia osób do wykonania takiego badania czy też etapu na którym będzie ono dokonywane. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że to Zamawiający sporządza SWZ i to rolę i obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie tego dokumentu w taki sposób, aby zachowane były zasady wskazane w art. 16 ustawy Pzp. W końcu wskazać należy, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom żadnych informacji przed wykonaniem badań kto wchodzi w skład zespołu dokonującego oceny, o terminie i miejscu przeprowadzenia badań. Nie podał również do wiadomości wykonawców raportów z badań. Takie działanie stanowi naruszenie zasady przejrzystości działania. Izba wskazuje ponadto, że procedura badania próbek winna być elementem SWZ i udostępniona wykonawcom na etapie publikacji dokumentacji postępowania, tak, aby to wykonawcy mogli w sposób skuteczny zakwestionować jej poprawność czy prawidłowość.

Izba zauważa, że ocena spełnienia wymagań zawartych w SWZ nie może odbywać się w oderwaniu od postanowień SWZ i zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Zaniechanie opisu w SWZ procedury badania próbki jest uchybieniem Zamawiającego, nie wykonawcy. Zamawiający był autorem tego dokumentu i to Zamawiający powinien opisać zasady badania próbki tak, aby zapewnić poszanowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, wykonawca nie tylko nie wiedział kiedy, kto i na jakich zasadach

dokona oceny złożonej przez niego próbki, ale również nie otrzymał wyników tych badań, ani możliwości uczestniczenia w ich przeprowadzeniu. Brak również dokumentów opisujących przedmiotowe badanie w dokumentacji postępowania, zaś jedynym istniejącym dowodem mającym potwierdzać przeprowadzoną przez Zamawiającego czynność są załączone do informacji o wyniku postępowania fotografie, na podstawie których nie jest możliwe ustalenie kto dokonuje badania, kiedy zostało przeprowadzone oraz w jakich warunkach badane były próbki złożone przez Odwołującego. Podkreślenia przy tym wymaga, że przedmiotowe badanie nie zostało przeprowadzone przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty, pomimo iż jak twierdził Zamawiający badanie takie było obligatoryjne. Powyższemu twierdzeniu Zamawiającego przeczy treść dokumentacji postępowania, czynności podejmowane przez Zamawiającego, jak również fakt braku w dokumentacji postępowania potwierdzenia przeprowadzenia takich rzekomo obowiązkowych badań w odniesieniu do wszystkich próbek złożonych w postępowaniu. Ponadto Izba pragnie zauważyć, że wskazywane badanie zostało dokonane na próbkach, które uprzednio, przed dokonaniem badania przez Zamawiającego, zostały udostępnione konkurencyjnemu wykonawcy, który przeprowadził na tychże próbkach czynności pomiarowych.

W konsekwencji Izba uznała zarzut za zasadny. Wykonawcy powinni mieć jasne wytyczne na moment składania ofert tak co do zakresu świadczenia, jak i sposobu weryfikacji oświadczeń i dokumentów mających potwierdzać spełnianie wymagań opisanych w SWZ. Weryfikacja taka powinna być dokonana z zachowaniem zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby czynności dokonane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostały dokonane z rażącym naruszeniem przywoływanych powyżej zasad. Niedopuszczalne jest bowiem badanie dokumentów (próbek) w sposób wykraczający poza warunki określone w SWZ i który nie został wskazany w dokumentacji postępowania. Ponadto za niedopuszczalne Izba uznaje dokonywanie czynności badania ofert w sposób uniemożliwiający ocenę przebiegu tej czynności, w szczególności dokumentowania czynności w sposób umożliwiający odtworzenie w sposób niebudzący wątpliwości ciągu czynności i zdarzeń związanych z postępowaniem. Tak dokonana ocena w ocenie Izby nie może stanowić podstawy do wykazania niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....