

WYROK

z dnia 1 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Zuzanna Idzikowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2018 r. przez wykonawcę: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD WIELOBRANŻOWY R. P., ul. Na Wzgórzu 42c, 85-327 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław, przy udziale wykonawcy R. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. TRUCK-CAMPER R. U., ul. Słowackiego 10, 98-300 Wieluń zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę R. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. TRUCK-CAMPER R. U. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

ZAKŁAD WIELOBRANŻOWY R. P., ul. Na Wzgórzu 42c, 85-327 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) od zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław na rzecz wykonawcy: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD WIELOBRANŻOWY R. P., ul. Na Wzgórzu 42c, 85-327 Bydgoszcz, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Uzasadnienie

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „remont sprzętu polowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 537912-N-2018 z dnia 28 marca 2018 roku.

W dniu 09 maja 2018 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę R. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. TRUCK-CAMPER R. U. z siedzibą w Wieluniu, zwanej dalej „Truck-Camper”.

Wykonawca, R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD WIELOBRANŻOWY R. P. z siedzibą w Bydgoszczy, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty Truck-Camper.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, poprzez:

1. wadliwy wybór oferty Truck-Camper jako najkorzystniejszej;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Truck-Camper, który nie wykazał spełnienia warunków

udziału w postępowaniu i nie przedłożył oferty spełniającej warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. zaniechanie obowiązków określonych w art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp;
4. opóźnienie w przekazaniu Odwołującemu w dniu 9 maja 2018 r. kopii dokumentów

przetargowych, o które Odwołujący zwrócił się już 11 kwietnia 2018 r., a tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności oceny ofert, w szczególności w zakresie spełniania kryteriów dotyczących Certyfikatu Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny z dnia 05 sierpnia 2016 r. „Świadectwo Jakości Zdrowotnej” H-HŻ-6071-0213/16/C oraz odrzucenia oferty Truck-Camper, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 Pzp, a jego oferta - odrzuceniu na podstawie art. 89 pkt 1, 2, 4 Pzp;
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia tej czynności;
- zwrócenia się do wykonawcy Truck-Camper o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania oraz kosztów

zastępstwa na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ubiega się o udzielenie zamówienia. Wadliwe rozstrzygnięcie postępowania, wadliwa ocena ofert i brak możliwości uzyskania zamówienia spowoduje utratę zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Uwzględniając fakt, że oferta Odwołującego jest jedną z dwóch ofert złożonych w postępowaniu, oczywiste jest, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i prawidłowym rozstrzygnięciu przetargu.

Odwołujący podniósł, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcja dla Wykonawców - rozdział A pkt III.6 „Inne dokumenty”, ppkt 2, Zamawiający zawarł postanowienie o treści: „Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, Zamawiający wezwie do złożenia w terminie 5 dni aktualnego na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane materiały odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: (...)

- atest Państwowego Zakładu Higieny do płyty blatu stołu na kontakt z żywnością; ”

Powyższy warunek Zamawiający sformułował, aby stoły stanowiące przedmiot postępowania mogły służyć również do przygotowywania posiłków i mieć kontakt z żywnością.

Warunku tego nie udokumentował wykonawca Truck-Camper, który takim dokumentem nie dysponował. Zamawiający żądał atestu na blat stołu polowego, dopuszczającego kontakt blatu stołu z żywnością, tymczasem Truck-Camper, jak wynika z dokumentu na stronie 13 złożonej oferty, przedstawił dokument wystawiony w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny, dotyczący m.in. blatów stołów polowych, który stwierdza wyłącznie, że wymienione w nim wyroby o deklarowanym przez producenta składzie, nie stanowią zagrożenia dla życia człowieka.

Z żadnej części ww. dokumentu nie wynika, jakoby wystawca atestu dopuszczał wyrób - blat stołu polowego - do kontaktu z żywnością.

Różnica między blatami oferowanymi przez Odwołującego i przez jego konkurenta jest widoczna w cenie zakupu płyty, gdyż są to blaty, które mogą mieć kontakt z żywnością, podczas gdy Truck-Camper przedstawił produkt, który nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. W konsekwencji, porównywanie ofert w postępowaniu nie dotyczy tylko ceny, ale dwóch zupełnie innych produktów, o różnym sposobie przeznaczenia i wykorzystania. W złożonym przez Truck-Camper atęcie stwierdzono, że płyta HPL zawiera substancję „żywica fenolowa”, która jest bardzo szkodliwa.

Wykonawca Truck-Camper, wywodząc, że produkowane przez niego blaty spełniają wymogi na kontakt z żywnością, podaje nieprawdę zarówno w ofercie, jak i w uzupełnieniu oferty - pismo z dnia 27 kwietnia 2018 r., podając wykładnię przedłożonego atestu niezgodnie ze stanem prawnym i faktycznym, oraz wywodząc, że dokument ten potwierdza dopuszczenie do kontaktu z żywnością. Przedłożone Świadectwo Jakości Zdrowotnej o nr H-HŻ-6071-0213/16/C z dnia 5 sierpnia 2016 r. zostało już raz wysłane do Państwowego Zakładu Higieny, który w odpowiedzi z dnia 12 października 2017 r. stwierdził, że: „jeśli nie jest wskazane na świadectwie, jakości zdrowotnej, że wyrób jest przeznaczony do kontaktu z żywnością, to oznacza, że nie był oceniany pod kątem bezpieczeństwa w zakresie bezpośredniego kontaktu z żywnością.” Skądinąd powyższą konkluzję nieco pokrętnie potwierdza Truck-Camper w piśmie z dnia 27 kwietnia 2018 r. na str. 5, w pkt 2, gdzie zauważa różnicę między świadectwem jakości zdrowotnej i atestami higienicznymi.

Zdaniem Odwołującego, „wobec powyższego ofertę firmy Z.P. TRUCK-CAMPER R. U. należy wykluczyć z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) i 4) Pzp”, wskazując, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie przedłożył atestu spełniającego warunki określone w SIWZ. Tym samym przedłożona przez niego oferta jest sprzeczna z ustawą, jej treść nie odpowiada SIWZ, a przy tym zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający winien zażądać od Truck-Camper wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcja dla Wykonawców - rozdział A) pkt III. 1.3 „Zdolność techniczna lub zawodowa” Zamawiający stwierdził, że warunek ten zostanie spełniony „jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej dwie usługi na kwotę min. 100 000,00 zł brutto - każda z nich lub co najmniej jedną usługę na kwotę min. 200 000,00 zł brutto - polegające na remoncie sprzętu kwaterunkowego którego zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty) wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu na rzecz którego została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy powyższa usługa została wykonana należycie.”

Oferta Truck-Camper nie spełniała powyższego warunku, ponieważ przedłożone protokoły ze Stołecznego Zarządu Infrastruktury nie tylko nie poświadczają należytego wykonania usługi, ale nie wynika z nich, aby w toku realizacji zamówienia były wymieniane elementy brezentowe wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty) oraz były wymieniane elementy z laminatów. W Warszawie w SZI były leżyska na gąbce mocowane za pomocą gumy elastycznej, brak było również produktów z laminatów (potwierdzenie tego faktu wynika z treści faktury VAT z dnia 30 listopada 2017 r. nr 225/2017 wystawionej przez R. U. i załączonej do akt postępowania).

Drugi dokument, tj. referencje wystawione w lipcu 2016 r. przez 16 Wojskowego

Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim potwierdza, że ze strony wykonawcy doszło do uchybienia terminowi wykonania umowy, a tym samym, zawarte w tym dokumencie informacje zaprzeczają definicji należytego wykonania umowy. Niedotrzymanie terminu wykonania prac, oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi, nie może stanowić podstawy do uznania, że prace zostały wykonane należycie zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający złamał wskazane przepisy nie wykluczając Truck-Camper z postępowania już po pierwszym uzupełnieniu dokumentów, pomimo faktu że wykonawca przedłożył dokumenty obarczone poważnymi uchybieniami. Zarówno Atest Higieniczny Nr 246/322/261/2015, jak i Świadczenie Jakości Zdrowotnej H-HZ-6071-0213/16/C nie spełniają warunków określonych w SIWZ, gdyż błąd, których dotyczą, nie mogą być przeznaczone do kontaktu z żywnością.

Dodatkowy Atest (Sprawozdanie) Nr 001/07/2016/W dyskwalifikuje ww. ofertę, gdyż:

- wykonawca nie miał kompetencji i uprawnień do przeprowadzania badań wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania;

- wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie posłużył się atestem ISO, podczas gdy nie miał już do tego prawa, albowiem certyfikat ISO o nr 1717/05/2015/J/C- (Z/I/2016) został cofnięty przez Polską Akademię Jakości CERT Sp. z o.o. Powyższe informacje są powszechnie dostępne na stronie internetowej.

Ponadto, niezgodne z Pzp jest wielokrotne uzupełnianie wcześniej złożonych informacji i dokumentów - w tym przypadku - atestu badań wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania - najpierw przesłany został atest własny, a później innej firmy.

Zamawiający nie wykonał obowiązku - zwlekał z udostępnieniem Odwołującemu dokumentów firmy, która wygrała przetarg (zostały przesłane Odwołującemu wraz z rozstrzygnięciem przetargu dopiero w dniu 09.05.2018 r. mimo, że Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego już 11 kwietnia 2018 r.). Zamawiający nie sprawdził również informacji, które Odwołujący wysłał w tym samym dniu, w której przedstawiono najważniejsze postawione w odwołaniu zarzuty, na podstawie wcześniejszych przetargów i doświadczeń.

Wykonawca R. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. Truck-Camper R. U. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Zamawiający, pismem z dnia 22 maja 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Odwołującego.

Wskazał, że wyraźnie określił przeznaczenie produktu (stołu polowego) do stosowania w koszarach wojskowych i kontenerach wojskowych. Nieprawdą jest twierdzenie Odwołującego, jakoby błąd stołów polowych miały służyć do przygotowywania posiłków. Mając na uwadze pkt 3 preambuły Rozporządzenia (WE) nr 1935/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2004 r. w sprawie materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością oraz uchylające dyrektywy 80/590/EWG i 89/109/EWG, należy rozróżnić materiały lub wyroby przeznaczone do bezpośredniego kontaktu z żywnością i materiały lub wyroby przeznaczone do pośredniego kontaktu z żywnością. Przedmiotem tego postępowania jest remont stołów polowych, a zgodnie z definicją słownikową, stoły polowe nie są przeznaczone do bezpośredniego kontaktu z żywnością. Powyższe potwierdza opinia Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny, na którą powołuje się sam Odwołujący z dnia 12 października 2017 r.

W Świadczeniu Jakości Zdrowotnej wydanym przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny dla Truck-Camper, przedłożonym przez wykonawcę wskazane jest, że produkt przeznaczony jest do stosowania jako błąd stołów polowych, koszarowych i kontenerowych taboretów oraz sprzętu turystycznego. Ponadto, zgodnie z treścią tego dokumentu, jeżeli wyrób o zadeklarowanym przez producenta składzie, będzie wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem, to nie stanowi on zagrożenia dla zdrowia człowieka. W związku z powyższym, również twierdzenia Odwołującego, jakoby płyta HPL zawierała substancję szkodliwą (żywice fenolową) należy uznać za chybione. Brak jest zatem podstaw, by wykluczyć wykonawcę Truck-Camper z postępowania na podstawie

art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp.

Niezrozumiały jest dla Zamawiającego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i twierdzenie, że cena oferty Truck-Camper jest rażąco niska, a Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Zamawiający wskazał, że wobec oferty Truck-Camper nie zachodzą przesłanki z art. 90 ust. 1 Pzp ani art. 90 ust. 1a Pzp. Biorąc pod uwagę zdobyte doświadczenie w realizacji tego typu zamówień Zamawiający nie miał wątpliwości co do zaoferowanej ceny, która nie jest niższa o 30% ani od wartości zamówienia, ani od średniej ceny złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił, że w 2017 r. to oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza z ceną jednostkową 270,00 zł za zamontowanie nowego blatu do stołu. Brak jest również podstaw do uznania, że wykonawcę Truck-Camper należy wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca nie posiada zdolności zawodowej określonej w pkt III.1.3 SIWZ- Część A. Zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ, wykonawca złożył w trybie art. 26 ust. 2 Pzp Formularz nr 3 (Informacja o doświadczeniu wykonawcy), w którym oświadczył, że wykonał 2 usługi polegające na remoncie sprzętu kwaterunkowego polowego i koszarowego oraz naprawie łóżek i taboretów polowych o wartości i zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, protokoły odbioru nie muszą szczegółowo określać zakresu wymaganych prac. Protokół odbioru usługi wystawiony przez SZL w Warszawie zawiera stwierdzenie „bez uwag”, co pozwala uznać, że przedmiot umowy został wykonany należyście. Ponadto, zgodnie z treścią referencji wystawionych przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, „usługa została wykonana należyście, ale nie dotrzymano terminu realizacji wg zawartej umowy”. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawcy zostały naliczone z tego tytułu kary umowne, to nie może to prowadzić do wniosku, że umowa została wykonana nienależyście.

Zarzut Odwołującego, iż Zamawiający zbyt późno przekazał Odwołującemu dokumenty, o które zwracał się w dniu 11 kwietnia 2018 r. również należy uznać za chybiony. Zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp, poza ofertami, które udostępnia się wykonawcom od chwili ich otwarcia, to załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z treści pisma Odwołującego z 11 kwietnia 2018

r., wnioskował on o przesłanie „uzupełnionych dokumentów firmy Z.P. Truck-Camper R. U..

Wykonawca Truck - Camper złożył w trybie art. 26 ust. 2 Pzp w dniu 18 kwietnia 2018 r. wymagane przez Zamawiającego dokumenty. W trakcie badania ofert Zamawiający ustalił, że niektóre złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem w dniu 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 Pzp w terminie do dnia 30 kwietnia 2018 r. Powyższe dokumenty zostały udostępnione Odwołującemu w dniu 9 maja 2018 r., co jest zgodne z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na uwzględnienie nie zasługuje też zarzut, że Zamawiający wielokrotnie uzupełniał złożone wcześniej informacje i dokumenty. Zamawiający wyjaśnił, że powyższych czynności dokonywał na podstawie art. 26 ust. 2 i 3 Pzp, które weszły w życie 28 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Z.P. TRUCK-CAMPER R. U. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Zarzut opóźnienia w przekazaniu Odwołującemu w dniu 9 maja 2018 r. kopii dokumentów przetargowych, o które Odwołujący zwrócił się w dniu 11 kwietnia 2018 r., Izba uznała za niezasadny. Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r., Odwołujący złożył do Zamawiającego prośbę o przesłanie mu kopii dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę Truck-Camper. W dniu 13 kwietnia 2018 r. Truck-Camper został wezwany na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie w dniu 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Truck-Camper do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca

złożył dokumenty w dniu 30 kwietnia 2018 r. (pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r.).

Zgodnie z art. 96 ust. 1 Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający sporządza protokół postępowania. Zgodnie z ustępem 2 tego artykułu, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Zgodnie z ustępem 3 tego artykułu, protokół z załącznikami jest jawny, a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu, zgodnie z jego wnioskiem, uzupełnione przez wykonawcę Truck-Camper dokumenty w dniu 9 maja 2018 r., tj. w dniu w którym dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, co jest zgodne z ww. przepisami ustawy Pzp oraz z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz.1128), zgodnie z którym, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Truck-Camper, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcja dla Wykonawców - rozdział A) w punkcie III.6 „Inne dokumenty”, ppkt 2) Zamawiający zawarł postanowienie, o treści: „Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, Zamawiający wezwie do złożenia w terminie 5 dni aktualnego na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane materiały odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: (...)

- atest Państwowego Zakładu Higieny do płyty blatu stołu na kontakt z żywnością; ”
Identyczny wymóg złożenia atestu PZH do płyty blatu stołu „na kontakt z żywnością” został powtórzony również w Opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział B SIWZ pkt B.2.2. Wymagania, tiret trzecie).

Powyższy warunek dotyczący oferowanego przedmiotu zamówienia Zamawiający sformułował jednoznacznie i w sposób niebudzący żadnych wątpliwości. Zamawiający żądał atestu na blat stołu polowego, dopuszczającego kontakt blatu stołu z żywnością. Podkreślić należy, że warunek ten jest wiążący zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców w trakcie oceny ofert. Odstąpienie od tego wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie mógł zatem uznać na etapie oceny ofert, że wymaganie zawarte w SIWZ, dotyczące posiadania atestu do oferowanego blatu stołu polowego na kontakt z żywnością, jest nieistotne lub też nieuzasadnione w tym postępowaniu. Izba w tym zakresie nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego.

Spełnienia powyższego wymagania dotyczącego przedmiotu zamówienia nie wykazał wykonawca Truck-Camper.

Wykonawca Truck-Camper na wezwanie Zamawiającego m.in. do złożenia „atestu Państwowego Zakładu Higieny do płyty blatu stołu na kontakt z żywnością”, złożył w dniu 18 kwietnia 2018 r. dokumenty, w tym Świadcstwo Jakości Zdrowotnej, wystawione przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny Zakład Bezpieczeństwa Żywności nr H-HŻ-6071-0213/16/C z dnia 5 sierpnia 2016 r. dotyczące „blatu z płyty HPL, laminatu lub sklejki” przeznaczonego do „stosowania jako blaty stołów polowych, koszarowych i kontenerowych, taboretów oraz sprzętu turystycznego”, zaświadczający, że „niżej wymieniony wyrób o zadeklarowanym przez producenta składzie, wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem, nie stanowi zagrożenia dla życia człowieka.”

Zamawiający, oceniając ww. dokument w dniu 19 kwietnia 2018 r. (notatka służbowa), stwierdził „Atest PZH do płyty blatu stołu na kontakt z żywnością - brak”

W dniu 25 kwietnia 2018 r. wykonawca Truck-Camper został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w tym m.in. atestu Państwowego Zakładu Higieny do płyty blatu stołu na kontakt z żywnością, gdyż „W przedstawionych dokumentach brak takiej informacji”.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r., wykonawca Truck-Camper złożył ponownie ten sam dokument (złożony już w dniu 18 kwietnia 2018 r.), tj. Świadectwo Jakości Zdrowotnej, wystawione przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny Zakład Bezpieczeństwa Żywności nr H-HŻ-6071-0213/16/C z dnia 5 sierpnia 2016 r. dotyczące „blatu z płyty HPL, laminatu lub sklejk”. Wykonawca dołączył własne wyjaśnienia w odniesieniu do tego dokumentu oraz Regulamin Wydawania Atestów Higienicznych i Świadectw Jakości Zdrowotnej Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego - Państwowego Zakładu Higieny (NIZP-PZH). W wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że złożony przez niego dokument potwierdza, że blat płyty HPL może mieć bezpośredni kontakt z żywnością. Zdaniem wykonawcy, Świadectwo Jakości Zdrowotnej potwierdza fakt, że atestowany produkt nie stanowi zagrożenia dla zdrowia człowieka. Żądanie dodatkowego zapisu w ww. Świadectwie (na kontakt z żywnością) jest nielogiczne i błędne. Zdaniem wykonawcy, jest to jedyny atest, który potwierdza brak zagrożenia produktu dla zdrowia człowieka i dopuszczalność kontaktu z żywnością. Zgodnie z § 1 ust. 3 ww. Regulaminu, „Atest i Świadectwo jest oceną danego wyrobu w zakresie jego bezpieczeństwa dla ludzi lub środowiska, pod warunkiem jego stosowania zgodnie z przeznaczeniem i sposobem użycia.” Jest to dokument wystawiony przez niezależne laboratorium Zakładu Bezpieczeństwa Żywności - instytut badawczy NIZP-PZH, który jako jedyny właściwy jest do oceny ryzyka związanego z bezpieczeństwem żywności.

Izba zważyła, że złożony przez ww. wykonawcę dokument wystawiony w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Zakład Higieny, dotyczący oferowanego blatu stołów polowych, stwierdza wyłącznie, że wymienione w nim wyroby o deklarowanym przez producenta składzie nie stanowią zagrożenia dla życia człowieka. Z żadnej części przytoczonego dokumentu nie wynika, że wyrób ten jest dopuszczony do kontaktu z żywnością. Tym samym słuszne jest stwierdzenie, że powyższy produkt nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, gdyż wymagany parametr nie został przez wykonawcę wykazany za pomocą stosownego dokumentu. Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że przedłożone Świadectwo Jakości Zdrowotnej o nr H-HŻ-6071-0213/16/C z dnia 5 sierpnia 2016 r. zostało wysłane do Państwowego Zakładu Higieny, z prośbą o opinię. W odpowiedzi z dnia 12 października 2017 r. PZH stwierdził jednoznacznie, że: „jeśli nie jest wskazane na świadectwie, jakości zdrowotnej, że wyrób jest przeznaczony do kontaktu z żywnością, to oznacza, że nie był oceniany pod kątem bezpieczeństwa w zakresie bezpośredniego kontaktu z żywnością.” Powyższe potwierdza wprost, że uzyskanie atestu „na kontakt z żywnością” wymaga spełnienia odrębnej procedury atestacji, której nie zastępuje żaden inny atest, w tym Świadectwo Jakości Zdrowotnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, oferta Truck-Camper podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie nie można tej niezgodności zakwalifikować jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca nie przedłożył bowiem wymaganego dokumentu potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ odnośnie dopuszczenia do kontaktu z żywnością. Jednocześnie tryb uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp został wyczerpany.

Na marginesie tylko należy dodać, że twierdzenie Odwołującego, że płyta HPL zawiera substancję „żywica fenolowa”, która jest bardzo szkodliwa, nie zostało przez Odwołującego poparte jakimkolwiek dowodem, zatem nie było podstaw do oceny tej kwestii

w ramach postępowania. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 Pzp,

strony postępowania odwoławczego są zobowiązane przedstawiać dowody na okoliczności, z których wywodzą skutki prawne. W tym przypadku ciężar dowodu powyżej wskazanych twierdzeń spoczywał na Odwołującym.

Stwierdzona powyżej niezgodność treści oferty Truck-Camper z treścią SIWZ nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie sytuacji niespełnienia przez wykonawcę warunków tzw. podmiotowych udziału w postępowaniu. W tym przypadku chodzi natomiast o niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co stanowi podstawę odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie ma też podstaw do przyjęcia, że w konsekwencji stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ „tym samym oferta Truck - Camper jest sprzeczna z ustawą Pzp” i podlega dodatkowo odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący na

poparcie powyższego twierdzenia nie przedstawił żadnej argumentacji w treści odwołania lub dowodów, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis powyższy dotyczy przedstawienia przez wykonawcę informacji w zakresie podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, natomiast jego naruszenie zostało podniesione przez Odwołującego w kontekście zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami tzw. przedmiotowymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), co nie jest objęte hipotezą tego przepisu.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W myśl tego przepisu, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji na potwierdzenie spełniania przesłanek, wskazanych w tym przepisie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Zauważyć przy tym trzeba, że złożenie dokumentu, który jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, nie może stanowić wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający miał odpowiednią wiedzę i był w stanie bez wątpliwości ocenić, że złożony dokument - Świadectwo Jakości Zdrowotnej - nie spełnia wymagań dotyczących złożenia atestu PZH płyty blatu stołu „na kontakt z żywnością”. Tak też ocenił ten dokument w notatce służbowej z dnia 19 kwietnia 2018 r.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego certyfikatu ISO o nr 1717/05/2015/J/C w zakresie przeprowadzania badań wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania, Izba ustaliła, że jak wynika z notatki służbowej Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2018 r. stanowiącej załącznik do protokołu postępowania, ww. certyfikat został cofnięty w 2017 r. Zamawiający stwierdził, że „Po przeprowadzonej rozmowie telefonicznej w dniu 19 kwietnia 2018 r. z Działem Certyfikacji PAJ CERT Sp. z o.o. firma nie poddała się corocznemu audytowi kontrolnemu. Firma nie ma prawa posługiwać się cofniętym certyfikatem - nie ważny.” W dniu 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia - „aktualnego certyfikatu ISO 9000/9001 potwierdzającego rzetelność przeprowadzonych badań jakościowych lub atestu wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania leżyska brezentowego w badaniach na rozłożonym łóżku polowym WP 5-2 (atest wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania rozłożonego łóżka polowego WP 5-2 z zamontowanym leżyskiem brezentowym - traktowany jako tożsamy), który powinien być wystawiony przez niezależny od Wykonawcy podmiot zajmujący się badaniem jakościowym wyrobów - z tym, że podmiot ten nie musi posiadać akredytacji PCA.”

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Truck-Camper złożył w dniu 30 kwietnia 2018 r. Atest (sprawozdanie) nr 236/17/W wystawiony przez firmę ZBiWPM Remodes potwierdzający przeprowadzenie badań na bezpieczeństwo i wytrzymałość leżyska brezentowego zamontowanego w łóżku polowym typ WP 5-2 produkowanym przez Truck-Camper z dnia 6 grudnia 2017 r.

W ramach niniejszego zarzutu Odwołujący podnosił fakt, że wykonawca bezprawnie posłużył się certyfikatem ISO o nr 1717/05/2015/J/C- (Z/1/2016), który został cofnięty przez Polską Akademię Jakości CERT Sp. z o.o., co potwierdza wydruk ze strony internetowej tego podmiotu. Okoliczność cofnięcia ww. certyfikatu, w szczególności data cofnięcia oraz powody cofnięcia nie zostały wykazane przez Odwołującego, który na tę okoliczność nie przedstawił dowodów. Z tych względów Izba uznała, że zarzut nie może podlegać uwzględnieniu, wobec braku dowodu potwierdzającego, że wykonawca Truck-Camper składając do Zamawiającego ten dokument, świadomie posługiwał się certyfikatem, który stracił swoją ważność przed 18 maja 2018 r.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu ani na rozprawie jakiegokolwiek argumentacji na poparcie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Truck-Camper do złożenia wyjaśnień na okoliczność, czy cena oferty nie zawiera ceny (lub kosztu) rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, cena oferty Truck-Camper nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o co najmniej 30%. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, w oparciu o informacje wynikające z postępowania przeprowadzonego w 2017 r. na analogiczny przedmiot zamówienia, nie można mówić w odniesieniu do oferty Truck-Camper o obiektywnych okolicznościach uzasadniających

wątpliwości co do wysokości ceny tej oferty. Skoro zatem Odwołujący nie wykazał jakichkolwiek okoliczności uzasadniających powyższe zarzuty, to nie było podstaw do stwierdzenia zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Truck-Camper do wyjaśnienia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp. W konsekwencji całkowicie niezasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Truck-Camper na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcja dla Wykonawców - rozdział A) w pkt III. 1.3 „Zdolność techniczna lub zawodowa” Zamawiający określił warunek wykazania „że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej dwie usługi na kwotę min. 100 000,00 zł brutto - każda z nich lub co najmniej jedną usługę na kwotę min. 200 000,00 zł brutto -polegające na remoncie sprzętu kwaterunkowego którego zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty) wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu na rzecz którego została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy powyższa usługa została wykonana należycie.”

Wykonawca Truck-Camper złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2018 r. Formularz nr 2 Informacja o doświadczeniu wykonawcy, w którym zawarł dwie zrealizowane usługi oraz odpowiednio - referencje z lipca 2016 r. wystawione przez 16 Wojskowego Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim oraz protokoły odbioru usług przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu wraz z fakturami.

Fakt, że z treści przedstawionych przez wykonawcę Truck-Camper protokołów nie wynika szczegółowy zakres wykonanych usług nie dowodzi niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zauważyć należy, że celem złożenia tych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest potwierdzenie zakresu wykonanych usług lecz - należytego wykonania usług, a zatem z treści tych dokumentów nie musi wynikać, że realizacja zamówienia obejmowała wymieniane w tym postępowaniu w SIWZ wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia, określone w treści postawionego warunku. Ewentualny zarzut, że któregośkolwiek elementu wykonana usługa nie obejmowała musi być wykazany przez Odwołującego, który podnosząc taki zarzut, ze wskazywanych okoliczności wywodzi określone skutki prawne. Tym bardziej, dowodu na niewykonanie wymaganych elementów usługi nie stanowi treść faktury VAT z dnia 30 listopada 2017 r. nr 225/2017, przywołanej przez Odwołującego. W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że zarzut niewykazania zakresu zrealizowanej usługi, stosownie do wymagań warunku udziału w postępowaniu, jest zasadny.

W odniesieniu do referencji wystawionych na rzecz Przystępującego przez 16 Wojskowego Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim z lipca 2016 r., Izba zważyła, że pomimo iż zawierają informację o niedotrzymaniu terminu realizacji umowy, jednocześnie jednak potwierdzają fakt należytego wykonania umowy. Złożone w tym zakresie przez wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 16 kwietnia 2018 r.) potwierdzają, że termin wykonania prac na rzecz 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim nie został dotrzymany, ale wykonawca zrekompensował straty zamawiającego w postaci odszkodowania finansowego. Z punktu widzenia treści omawianego w tym miejscu warunku udziału w postępowaniu, powyższa usługa nie ma istotnego znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału, gdyż usługa wskazana przez wykonawcę w pkt 2 wykazu w pełni potwierdza wymagania Zamawiającego, ze względu na wartość przekraczającą 200 000,00 zł.

Ponadto, Izba stwierdziła, że nie jest niezgodne z ustawą Pzp uzupełnienie przez wykonawcę Truck-Camper dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 30 kwietnia 2018 r.

(pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r.). Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które zostały złożone przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, które zawierają błędy lub nie zostały złożone - w tym przypadku - atestu badań wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania - nie stanowi „wielokrotnego” uzupełniania dokumentów, bowiem dokumenty są składane na wezwanie zamawiającego, a nie w ofercie. Następnie są oceniane i w wyniku tej oceny, dokumenty niezłożone lub zawierające błędy mogą być uzupełnione (jednokrotnie) na podstawie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zarzut wielokrotnego

wzywania do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę Truck-Camper jest w tych okolicznościach niezasadny.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).