Sygn. akt: KIO 2700/20

WYROK
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę **ANIMA sp. z o.o. sp. k. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Sieć Badawczą Łukasiewicz – PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii we Wrocławiu**
przy udziale wykonawcy **Animalab sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Animalab sp. z o.o. w Poznaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezaoferowania kalibracji przepływów powietrza, wymaganej zgodnie z pkt B.2. wzoru formularza asortymentowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Sieć Badawczą Łukasiewicz – PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii we Wrocławiu w części ½** i **ANIMA sp. z o.o. sp. k. w Warszawie w części ½** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ANIMA sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **Sieci Badawczej Łukasiewicz – PORT Polskiego Ośrodka Rozwoju Technologii we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **ANIMA sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2700/20

U z a s a d n i e n i e

Sieć Badawcza Łukasiewicz – PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii we Wrocławiu, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „dostawa regałów laboratoryjnych wraz z jednostką wentylującą i systemem klatek dla zwierząt laboratoryjnych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 sierpnia 2020 r. nr 2020/S 150-367333.

9 października 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy ANIMA sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o wyborze w części 1 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Animalab sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec:
1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w części 1,
2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,

odwołujący wniósł 19 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
2) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty przystępującego,
3) wykluczenia przystępującego,
4) dokonania ponownego przyznania punktacji ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego przez wykonawcę formularza asortymentowego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (następnie zmodyfikowanego w wyniku zmian OPZ). Odwołujący argumentował, że wypełnienie formularza asortymentowego polegało na wpisaniu nazwy oferowanego urządzenia (model, typ aparatu, nr katalogowy), producenta, roku produkcji. Formularz asortymentowy zawierał również kolumnę – „Opis wymaganego parametru" oraz kolumnę – „Parametry oferowane przez wykonawcę", które wykonawca miał wskazać. Odwołujący wskazał, że zamawiający zaznaczył również, iż „Wszystkie parametry i wymagania określone przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi i są bezwzględnie wymagane". Celem formularza było zatem zestawienie i porównanie parametrów wymaganych przez zamawiającego i tych oferowanych przez wykonawcę.

Zdaniem odwołującego oferta przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie Części B Opisu przedmiotu zamówienia/Formularza asortymentowego: Warunki gwarancji i serwisu.

Odwołujący wskazał, że w pkt 2 tej części Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił następujące

wymaganie: „zagwarantowane podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza". W załączonym do oferty przystępującego formularzu asortymentowym wykonawca ten wpisał w kolumnie pn. „Parametry oferowane przez Wykonawcę" w punkcie dotyczącym ww. wymogu, iż oferuje: „*Coroczne, bezpłatne przeglądy urządzenia w okresie gwarancyjnym*". Tym samym, potwierdził, że oferuje przeglądy urządzenia, nie potwierdził natomiast, że oferuje również wykonanie corocznych kalibracji przepływów powietrza. Odwołujący argumentował, że zamawiający pismem z dnia 17.09.2020 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia, co wykonawca gwarantuje w ramach bezpłatnych przeglądów. W odpowiedzi, przystępujący pismem z dnia 21.09.2020 r. wskazał: „*gwarantujemy podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia m.in.: sprawdzenie i kalibracji przepływów powietrza, sprawdzenie ilości przepracowanych godzin, sprawdzenie poprawności działania wszystkich komponentów regałów*".

Odwołujący podniósł, że właściwym miejscem do określenia oferowanych przez wykonawcę parametrów urządzenia jest załączony do oferty formularz asortymentowy, nie zaś informacja przekazana w wyniku wezwania do wyjaśnień. Odwołujący argumentował, że z oferty wynikać powinno, co wykonawca oferuje. Z oferty przystępującego nie wynika natomiast, że zaoferował wykonanie corocznych kalibracji przepływów powietrza. Zdaniem odwołującego nie ma też podstaw, by twierdzić, że kalibracje te były ujęte w przeglądach urządzenia. Skoro bowiem zamawiający w wymaganiu określonym w pkt 2 dotyczącym części B OPZ/Formularza, oddzielił przeglądy urządzenia od kalibracji, wyszczególniając każdą z tych czynności, poprzez wskazanie, że wymaga wykonania przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza, to oznacza to, że oczekiwał, iż wykonawca zagwarantuje te dwa świadczenia. Jeżeli zamawiający uważałby, że kalibracja wchodzi w zakres przeglądów urządzenia, to nie wyodrębniałby jej albo zaznaczyłby np. że żąda corocznych przeglądów, w tym, albo w szczególności dokonywanie kalibracji. Zamawiający jednak jasno wskazał, że oczekuje wykonywanie przeglądów i kalibracji, z czego wynika, że są to dwa różne świadczenia. Zdaniem odwołującego inna interpretacja tego zapisu jest nieuzasadniona. Odwołujący argumentował, że jeżeli natomiast wykonawca w kolumnie określającej oferowane parametry i zakres świadczeń, wskazał, iż oferuje jedynie przeglądy urządzenia, nie odnosząc się w żaden sposób do wymagania kalibracji przepływów powietrza, to oznacza to, że po prostu wykonywania tych kalibracji nie zaoferował, co świadczy o braku potwierdzenia spełniania wszystkich wymagań postawionych przez zamawiającego i w konsekwencji o niezgodności oferty z SIWZ.

Zdaniem odwołującego niezgodności tej nie można usunąć w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Zastosowanie przez zamawiającego procedury z art. 87 ust. 1 ustawy pzp należy uznać za nieuprawnione w zaistniałym stanie faktycznym. Wyjaśnienia mogą bowiem dotyczyć kwestii niejasnych, pewnych nieścisłości, co do których w kontekście całokształtu okoliczności, nie można mieć przekonania o sposobie ich właściwego rozumienia i interpretacji. Według odwołującego oczywiste jest, iż wykonawca zaoferował tylko część z wymaganego zakresu świadczenia, tj. jedynie wykonywanie przeglądów. Wobec tego, pytanie jakie zadał przystępującemu „*co wykonawca gwarantuje w ramach bezpłatnych przeglądów*" oraz odpowiedź firmy Animalab, że „gwarantujemy […] wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia m.in.: sprawdzenie i kalibrację przepływów powietrza […]" należy uznać za swoiste negocjacje co do zakresu świadczenia oferowanego przez wykonawcę. Odwołujący podkreślał, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przyjęcie natomiast, że zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez przystępującego, oferta w zakresie wymaganego zakresu świadczeń gwarancyjnych obejmuje również wykonywanie kalibracji przepływów powietrza, należałoby uznać za zmianę treści oferty, poprzez jej rozszerzenie o zakres/parametry nie zaoferowane uprzednio na etapie składania ofert. Odwołujący podkreślał, że procedura wynikająca z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy dopasowywaniu treści oferty do oczekiwań zamawiającego określonych w Opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że usługi kalibracji, tak jak każdy inny element całego zamówienia, stanowią składnik cenotwórczy, tj. powinny być wliczone w cenę i mieć wpływ na jej wysokość. Jeżeli przystępujący nie ujął tych usług w ofercie, to automatycznie cena jego oferty stała się niższa. Zdaniem odwołującego cen zawartych w obydwu złożonych w postępowaniu ofertach wykonania części 1 zamówienia (tj. oferty przystępującego i swej własnej oferty), nie można porównać. Cena ofertowa przystępującego nie zawiera bowiem w sobie wymaganych usług kalibracji. Według odwołującego zamawiający nie wziął tego pod uwagę, przyjmując bezkrytycznie wyjaśnienia przystępującego z dnia 21.09.2020 r.

Odwołujący wskazał także, że formularz asortymentowy będzie załącznikiem do umowy zawartej w wyniku postępowania, nie zaś złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Zatem, to z tego dokumentu wynikał będzie zakres świadczeń, do których realizacji zobowiązany będzie wykonawca. Jeżeli nie wynika z niego oferowanie usług kalibracji bez dodatkowej opłaty, to na etapie realizacji umowy, może ukazać się, że wykonawca od świadczeń tych będzie się uchylał, albo będzie żądał dodatkowego wynagrodzenia, jako że nie są one wskazane w formularzu asortymentowym właśnie. Taka sytuacja spowoduje, iż wykonanie zamówienia będzie przebiegało niezgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, w sposób oczywisty byłoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania odwołujący podniósł, że przystępujący powinien zostać również wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, określającego obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w części A Opisu przedmiotu zamówienia: *Parametry techniczne i eksploatacyjne urządzenia*, zamawiający określił wymogi dotyczące m.in. regałów do hodowli myszy (pkt 1) oraz jednostki wentylującej do regału z klatkami indywidualnie wentylowanymi (pkt 2). W pkt 1 ppkt 10 postawił wymóg: „*system indywidualnie wentylowany zapewniający min. 50 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*", natomiast w pkt 2 ppkt 5 wymóg: „*jednostka umożliwiająca dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza z minimalnie 50 wymianami w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*". Jednocześnie, jako jedno z kryterium oceny ofert ustanowił zaoferowanie przez wykonawcę jednostki wentylującej zapewniającej min. 70 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki, za co wykonawca mógł otrzymać 4 pkt.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w formularzu asortymentowym wskazał, że oferuje: „*system indywidualnie wentylowany umożliwiający ustawienie od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*" oraz „*jednostkę umożliwiającą dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza w zakresie od 50 do 90 wymian powietrza w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*". Odwołujący zauważył, że przystępujący wskazując na możliwość „*ustawienia od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*" i nie potwierdzając literalnie spełniania

wymogu, celowo wprowadza zamawiającego w błąd. Zdaniem odwołującego oferowane bowiem przez przystępującego systemy firmy Allentown pracują standardowo przy 50 wymianach powietrza na godzinę (max. 60 wymianach powietrza na godzinę dla klatek szczurzych), zapewniając wówczas optymalną, nie powodującą „przeciągów" i nie podnosząc poziomu stresu u zwierząt, określoną w protokole TIZ-BIFO prędkość powietrza na poziomie ściółki nie większą niż 0,2 m/s. Możliwość ustawienia do 90 wymian powietrza na godzinę dotyczy jedynie jednostki nawiewczo – wyciągowej oferowanej przez przystępującego.

Według odwołującego cały system nie jest w stanie prawidłowo pracować przy tak wysokim poziomie wymian powietrza ze względu na konstrukcję klatek oferowanych przez wykonawcę. Oferowane klatki mają otwory wlotu powietrza na poziomie zwierząt, co przy tak dużej liczbie wymian powietrza na godzinę będzie skutkowało przekroczeniem prędkości przepływu powietrza na poziomie zwierząt powyżej norm zawartych w protokole TIZ-BIFO. Certyfikacja klatek Allentown NexGen odbywa się zawsze, jak deklaruje producent, przy 50 wymianach powietrza na godzinę. Tym samym, zdaniem odwołującego przystępujący celowo w Formularzu asortymentowym manipuluje pojęciem „możliwości ustawienia", ponieważ jego system ma możliwość ustawienia do 90 wymian powietrza na godzinę, nie zapewnia jednak prawidłowego funkcjonowania przy 90 wymianach ani przy 70. Zamawiający zaś przyznaje dodatkowe punkty w ramach ww. kryterium oceny ofert za „lepsze" parametry, w takim celu aby premiować rozwiązanie/parametr, który będzie później na etapie użytkowania sprzętu lepiej realizował jego funkcje. Niedopuszczalne i sprzeczne z celem określania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest premiowanie parametru, który na etapie użytkowania i tak nie mógłby być wykorzystywany, gdyż w zestawieniu z innymi cechami/parametrami sprzętu nie daje gwarancji właściwego użytkowania sprzętu. Nie do przyjęcia jest zatem punktowanie parametru, który w praktyce nie nadaje się do wykorzystania. Tym samym, poprzez nieliteralne potwierdzenie wymagań przystępujący w sposób umyślny wprowadził zamawiającego w błąd co do funkcjonalności sprzętu, mając na celu uzyskanie większej ilości punktów.

Przedstawione przez przystępującego informacje miały wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż dotyczyły parametrów, który były dodatkowo punktowane w ramach kryterium oceny ofert. Gdyby przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd co do tych parametrów, to nie otrzymałby dodatkowej liczby punktów. Tym samym, jego oferta uzyskałaby mniejszą ilość punktów w kryteriach oceny ofert. Zatem działanie przystępującego miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego co do oceny ofert, sporządzenia rankingu ofert i ostateczny wynik postępowania.

Odnosząc się do trzeciej przesłanki, tj. przedstawienia informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, odwołujący wskazał, że zachowanie przystępującego polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący argumentował, że działania wykonawcy składającego ofertę wykonania zamówienia należy zatem oceniać przez pryzmat profesjonalnego charakteru wykonywanej przez niego działalności, a w związku z tym należy oczekiwać od niego podwyższonej staranności. W stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, działaniom firmy przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Zdaniem odwołującego, przystępujący w taki sposób przedstawił informacje co do parametrów dotyczących ilości wymian powietrza, że można było odnieść wrażenie, że sprzęt przez niego oferowany nie tylko odpowiada minimalnym parametrom określonym przez zamawiającego, ale również zawiera parametry „lepsze", za które powinien otrzymać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert. Fakt jest jednak taki, że sprzęt oferowany przez przystępującego przy ustawieniu większej ilości wymian powietrza, zaczyna działać w sposób niezgodny w pozostałymi wymaganiami określonymi w OPZ. Tym samym, informacja przedstawiona przez przystępującego w formularzu asortymentowym jest niezgodna z rzeczywistością. Jednocześnie, informacja ta wywołuje błędną ocenę stanu faktycznego u odbiorcy – zamawiającego, czego konsekwencją była błędna ocena i punktacja ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Animalab sp. z o.o. w Poznaniu. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, pismo odwołującego z dnia 15 września 2020 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 17 września 2020 r. skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia przystępującego z dnia 21 września 2020 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9 października 2020 r., załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części 1 została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego w części 1, względnie wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego względnie wykluczenia go z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części 1. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia w części 1 jest dostawa regałów laboratoryjnych wraz z jednostką wentylującą i systemem klatek dla zwierząt laboratoryjnych (pkt 3.1. SIWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 3 do SIWZ (pkt 3.2. SIWZ).

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 10.3 SIWZ wskazał, że na zawartość oferty składa się:

10.3.2. Wypełniony i podpisany formularz asortymentowy – wzór druku formularza stanowi załącznik nr 2 do SIWZ.

Ustalono ponadto, że w pkt 13.4. SIWZ zamawiający wskazał, że kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 jest m.in. *kryterium nr 4: parametry techniczne.*

W pkt 13.4.4 SIWZ zamawiający wskazał, że parametry techniczne będą oceniane według następujących zasad: (…)

b) jednostka wentylująca zapewniająca min. 70 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki – 4 pkt.

Ustalono również, że w załączniku nr 2 do SIWZ (wzór formularza asortymentowego) zamawiający określił m.in. następujące parametry

A.parametry techniczne i eksploatacyjne urządzenia

Lp.	*Parametr*	*Opis wymaganego parametru*	*Parametry oferowane przez Wykonawcę (wypełnia Wykonawca)*
1	*Regały do hodowli myszy – pojemność 96 klatek – 10 szt.*	*1….. 10. System indywidualnie wentylowany zapewniający min. 50 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*	
2	*Jednostka wentylująca do regału z klatkami indywidualnie wentylowanymi – 4 szt.*	*5.Jednostka umożliwiająca dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza z minimalnie 50 wymianami powietrza w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*	

B.Warunki gwarancji i serwisu

Lp.	*Wymagania zamawiającego*	*Parametry oferowane przez Wykonawcę (wypełnia Wykonawca)*
2.	*Zagwarantowane podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza*	

Uwaga:
Wszystkie parametry i wymagania określone przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi i są bezwzględnie wymagane.

Ustalono następnie, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego na część 1 zamówienia.

Ustalono, że przystępujący w formularzu ofertowym zaoferował zamawiającemu jednostkę wentylującą zapewniającą min. 70 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki.

Ustalono, że przystępujący załączył do swej oferty wypełniony przez siebie załącznik nr 2 do SIWZ (formularz asortymentowy) dla części 1 zamówienia. W formularzu tym oświadczył, że oferuje zamawiającemu: *Regał IVC 96 klatek NexGen Max MENXP096CN-0850; Jednostka wentylująca EcoFlo Tower Blower EFT220GTP0-2C4M; Klatka IVC NexGen Mouse MAX 230620-1 z wyposażeniem.*Jako producenta wskazał: *Allentown Inc. 165 County Rd 526, Allentown, NJ 08501, Stany Zjednoczone.*

Ustalono również, że w wypełnionym załączniku nr 2 do SIWZ (wzór formularza asortymentowego) przystępujący wskazał:

A.parametry techniczne i eksploatacyjne urządzenia

Lp.	*Parametr*	*Opis wymaganego parametru*	*Parametry oferowane przez Wykonawcę (wypełnia Wykonawca)*
1	*Regały do hodowli myszy – pojemność 96 klatek – 10 szt.*	*10. System indywidualnie wentylowany zapewniający min. 50 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*	*10. System indywidualnie wentylowany umożliwiający ustawienie od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*
2	*Jednostka wentylująca do regału z klatkami indywidualnie wentylowanymi – 4 szt.*	*5. Jednostka umożliwiająca dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza z minimalnie 50 wymianami powietrza w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*	*5. Jednostka umożliwiająca dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza w zakresie od 50 do 90 wymian powietrza w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*

B.Warunki gwarancji i serwisu

Lp.	*Wymagania zamawiającego*	*Parametry oferowane przez Wykonawcę (wypełnia Wykonawca)*
2.	*Zagwarantowane podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza*	*Coroczne, bezpłatne przeglądy urządzenia w okresie gwarancji*

Ustalono również, że zamawiający w dnia 17 września 2020 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w części dotyczącej formularza asortymentowego B warunki gwarancji i serwisu lp. 2. Zamawiający wskazał, że *wymagał zagwarantowania podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza. Wykonawca zaoferował*

coroczne bezpłatne przeglądy urządzenia a okresie gwarancji. Należy wyjaśnić co wykonawca gwarantuje w ramach bezpłatnych przeglądów?

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący w dniu 21 września 2020 r. oświadczył, że *gwarantuje podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia m.in.: sprawdzenie i kalibracji przepływów powierza, sprawdzenie ilości przepracowanych godzin, sprawdzenie poprawności działania wszystkich komponentów regałów.*

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 9 października 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.*

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że przystępujący w formularzu asortymentowym wskazał, że oferuje: „*system indywidualnie wentylowany umożliwiający ustawienie od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*" oraz „*jednostkę umożliwiającą dostarczenie przefiltrowanego filtrami HEPA powietrza w zakresie od 50 do 90 wymian powietrza w ciągu godziny w każdej indywidualnie wentylowanej klatce*". Odwołujący podniósł, że wykonawca wskazując na możliwość „*ustawienia od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki*" i nie potwierdzając literalnie spełniania wymogu, celowo wprowadza zamawiającego w błąd. Argumentował, że oferowane przez wykonawcę systemy firmy Allentown pracują standardowo przy 50 wymianach powietrza na godzinę (max. 60 wymianach powietrza na godzinę dla klatek szczurzych), zapewniając wówczas optymalną, nie powodującą „przeciągów" i nie podnosząc poziomu stresu u zwierząt, określoną w protokole TIZ-BIFO prędkość powietrza na poziomie ściółki nie większą niż 0,2 m/s. Zdaniem odwołującego możliwość ustawienia do 90 wymian powietrza na godzinę dotyczy jedynie jednostki nawiewczo – wyciągowej oferowanej przez przystępującego.

Zdaniem Izby tak sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nigdzie nie wskazał w SIWZ, że należy podać informację o ilości wymian powietrza zapewnianej przez system przy jednoczesnym uwzględnieniu określonej w protokole BIZ-BIFO prędkości powietrza na poziomie ściółki nie większym niż 0,2 m/s. Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli, jakoby taki wymóg znajdował się w specyfikacji. Odwołujący w odwołaniu, ani nawet w trakcie rozprawy nie wskazał Izbie żadnego postanowienia SIWZ, z którego wynikałby taki wymóg. Co więcej, na pytanie przewodniczącego zadane w trakcie rozprawy, czy parametr 0,2 m/s przepływu powietrza na poziomie zwierząt został wskazany w specyfikacji, odwołujący wyraźnie oświadczył do protokołu, że nie został.

W związku z powyższym należało uznać, że oświadczenie przystępującego, iż oferowany system umożliwia ustawienia od 50 do 90 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki (złożone w formularzu asortymentowym) i że jednostka wentylująca zapewnia min. 70 wymian powietrza na godzinę wewnątrz każdej klatki (z formularza oferty) jest oświadczeniem zgodnym z prawdą.

Zdaniem Izby dowody, jakie odwołujący złożył przy piśmie procesowym z dnia 9 listopada 2020 r. co najwyżej świadczyły o tym, że urządzenie oferowane przez przystępującego nie osiąga wskaźnika 70 wymian powietrza na godzinę przy uwzględnieniu określonej w protokole BIZ-BIFO prędkości powietrza na poziomie ściółki nie większym niż 0,2 m/s. Ponadto dowody zaoferowane przez odwołującego świadczyły jedynie o tym, że prędkość 70 czy 90 wymian powietrza na godzinę nie jest przez producenta urządzenia – firmę Allentown - uznawana za zalecaną.

W dowodzie nr 12 – artykule pt. „*Utrzymywanie myszy hodowlanych w trzech różnych systemach IVC: wydajność matki i rozwój potomstwa*" zamieszczonym w czasopiśmie *Laboratory Animals (Zwierzęta laboratoryjne) Zwierzęta laboratoryjne 2014, t. 48 (3) 193–206* znalazło się jedynie stwierdzenie, że *ACH (ilość wymian powietrza na godzinę) ustawiono zgodnie z zaleceniami producentów i wynosiły one 50 ACH w klatkach ALL (Allentown).Z* powyższego stwierdzenia nie wynika zatem, że nie można ustawić parametru na poziomie 70 wymian powietrza na godzinę, tylko że 50 ACH jest zalecane przez producenta.

Z kolei w dowodzie nr 13 pt. „*Skład mikrobioty u jednocześnie kolonizowanych myszy trzymanych w izolatorze gnotobiotycznym lub w klatkach indywidualnie wentylowanych*", zamieszczonym w czasopiśmie *SCIENTIFIC REPORTS" Raporty naukowe* znalazło się jedynie stwierdzenie faktu, że klatki NexGen Mouse Easy IV C produkcji Allentown miały zapewnione 50 wymian powietrza na godzinę. Wbrew twierdzeniom odwołującego, z treści artykułu nie wynikało, że w badaniu wykorzystano najbardziej optymalne parametry testowanych urządzeń.

W dowodzie nr 14, w artykule pt. *Porównanie dwóch powszechnie stosowanych systemów klatkowych z indywidualną wentylacją do wykrywania mysich czynników zakaźnych poprzez cząsteczki powietrza wywiewanego* zamieszczonym w czasopiśmie *Laboratory Animals (Zwierzęta laboratoryjne)* znalazło się jedynie stwierdzenie, że *Regał IVC NexGen (Allentown, NJ, USA) ma montowaną u góry jednostkę wentylacyjną (AHU) (Rysunek 1 (b)) i mieś 60 klatek z 50 wymianami powietrza na godzinę (ACH).*Ponadto w artykule wskazano, że w raporcie porównywano skuteczność dwóch różnych systemów. Jednakże z treści artykułu nie można było ustalić, wbrew twierdzeniom odwołującego, że przyjęto maksymalną znamionową wartość parametrów testowanych urządzeń.

W dowodzie nr 15, artykule pt. *Wpływ dwóch różnych systemów indywidualnie wentylowanych klatek na zachowania związane z lękiem i dobrostan dwóch szczepów myszy laboratoryjnych* zamieszczonym w czasopiśmie *Physiology & Behavior (Fizjologia i zachowanie)*znalazło się jedynie stwierdzenie, zgodnie z którym „*W tym projekcie porównaliśmy dwa systemy IVC (SealSafe® Plus (Techniplast) i Allentown), które różniły się sposobami dostarczania powietrza:*

(System 1) dostarczanie powietrza na poziomie „pokrywy" klatki;

(System 2) dostarczanie powietrza na poziomie „zwierzęcia".

Stopień wentylacji nawiewu również się zmieniał, ponieważ oba systemy działały zgodnie ze specyfikacją producenta, z 75 ACH dla Systemu 1 (poziom pokrywy) i 50 ACH dla Systemu 2 (poziom zwierzęcia).".

Wbrew twierdzeniom odwołującego, z artykułu tego nie wynikało, że stopień przepływu powietrza na godzinę w produktach Allentown spowodował wystąpienie niepożądanej reakcji u zwierząt. Wręcz przeciwnie, z artykułu wynika, że testujący nie mogli zidentyfikować, który konkretny czynnik spowodował różnice w zachowaniu myszy przebywających w dwóch rożnych systemach.

Z kolei z dowodu nr 16 – testu poziomu zakłóceń akustycznych - wynika jedynie, że w przypadku systemu dmuchaw EcoFlo Blower przy normalnych operacyjnych wartościach ACH (wymian powietrza na godzinę), które w teście opisano jako 40 ACH, 50 ACH i 60 ACH, systemy IVC Allentown są nieistotnym źródłem hałasu w środowisku laboratorium badawczego. Z powyższego stwierdzenia nie można w żaden sposób wywnioskować, że przy 70 ACH te dmuchawy byłyby istotnym źródłem hałasu w środowisku laboratorium badawczego.

Twierdzenia odwołującego nie wynikają także z dowodu nr 17 załączonego do jego pisma procesowego z 9 listopada 2020 r. W dowodzie znajduje się jedynie wzmianka o deklarowanej przez producenta wymianie ACH na poziomie 50. Nie oznacza to jeszcze, że urządzenie nie pracuje poprawnie przy 70 ACH.

Zasadności zarzutu nie potwierdzał dowód nr 18, którym okazał się certyfikat nr Z10 13 12 59302 002 z dnia 2014-01-14. Z dowodu tego wynikało jedynie, że *Urządzenia wentylujące, System klatek indywidualnie wentylowanych Allentown* przeszły certyfikację.

Z kolei, dowód nr 19 złożony przez odwołującego dotyczył sprawdzania z badań produktu innego wykonawcy, który nie został zaoferowany w postępowaniu, a więc nie mógł być przedmiotem ustaleń w sprawie.

Nie dowodził zasadności zarzutu dowód nr 20 załączony do pisma odwołującego z 9 listopada 2020 r. Dowód nr 20 obejmował fragment protokołu TIZ-BIFO - Ocena wydajności systemów IVC. Jak wskazano wcześniej, zamawiający w treści SIWZ nie odwoływał się do treści tego protokołu. Zamawiający nigdzie też nie przesądził, że oferowana przez wykonawców wartość wymian powietrza na godzinę ma być podana z uwzględnieniem wymagań tego protokołu. Przystępujący również też w treści kwestionowanego oświadczenia nie podawał, że deklarowana przez niego wartość uwzględnia wymagania tego protokołu.

Nie świadczyły też o złożeniu przez przystępującego nieprawdziwego oświadczenia dowody nr 21 i 22 załączone przez odwołującego do pisma z 9 listopada 2020 r. Okoliczność, że w przeszłości przystępujący (dowód nr 21) lub jego pełnomocnik (dowód nr 22) występowali do innych zamawiających o obniżenie wymaganego parametru wymian powietrza na godzinę, który z bliżej nieznanych powodów mógł być im niewygodny, nie oznaczała jeszcze, że przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie w obecnym postępowaniu.

Nie dowodził zasadności zarzutu dowód nr 23 załączony do pisma odwołującego z 9 listopada 2020 r. W dowodzie tym znajdowała się jedynie wzmianka, że nowatorskie rozwiązania wlotu powietrza na poziomie klatki jest wydajne i powoduje, że ilość wymian powietrza w systemach Allentown wynosi 50-60 ACH w zależności od rodzaju systemu. Powyższe stwierdzenie nie oznacza jeszcze, że nie można ustawić tej ilości na wyższym poziomie.

Nie dowodził zasadności zarzutu dowód nr 24 załączony do pisma odwołującego z 9 listopada 2020 r. W dowodzie tym znalazło się stwierdzenie, że badanie TUV SUD udowodniło, iż prędkość przepływu powietrza na poziomie ściółki w nowych regałach NexGen wynosi poniżej 0,2 m/s, co pozytywnie wpływa na dobrostan zwierząt. Z powyższego nie wynikało, że nie można ustawić systemu na poziomie 70 wymian powietrza na godzinę.

Nie dowodził zasadności zarzutu dowód nr 25 załączony do pisma odwołującego z 9 listopada 2020 r. Dowód ten obejmował jedynie rysunki poglądowe, które nic nie wnosiły do sprawy.

Stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zgodnie zaś z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar dowodu spoczywał, w rozpatrywanym zakresie, na odwołującym, jako na tej stronie, która z faktu nieprawdziwości oświadczeń przystępującego wywodziła skutek, w postaci konieczności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Strona odwołująca, jak wskazano wcześniej, nie przeprowadziła żadnych wiarygodnych dowodów z których wynikałoby, że kwestionowane oświadczenia przystępującego są niezgodne z prawdą. Powyższe musiało skutkować oddaleniem zarzutu. Kierując się powyższymi rozważaniami, za bezzasadny uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która okazała się niezgodna z pkt B.2. wzoru formularza asortymentowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

W pkt B.2. wzoru formularza asortymentowego zamawiający sformułował wymaganie *Zagwarantowane podczas okresu gwarancyjnego wykonanie corocznych bezpłatnych przeglądów urządzenia i kalibracji przepływów powietrza.* Ponadto, we wzorze formularza asortymentowego zamawiający przesądził w „uwadze" zamieszczonej pod wymaganiami, że *Wszystkie parametry i wymagania określone przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi i są bezwzględnie wymagane*. Wreszcie, w pkt 10.3.2. SIWZ zamawiający przesądził także, że na zawartość oferty składa *wypełniony i podpisany formularz asortymentowy – wzór druku formularza stanowi załącznik nr 2 do SIWZ.*Podkreślenia wymagało również, że zamawiający dodatkowo we wzorze formularza asortymentowego, który wykonawcy mieli obowiązek wypełnić, zamieścił kolumnę pt. „*parametry oferowane przez wykonawcę*".

Analiza złożonego w ofercie formularza asortymentowego sporządzonego przez przystępującego prowadziła do wniosku, że zaoferował on zamawiającemu świadczenie, którego treść nie odpowiadała pkt B.2. wzoru formularza asortymentowego. Przystępujący, w kolumnie „parametry oferowane", w pkt B2 formularza zaoferował zamawiającemu jedynie „*coroczne, bezpłatne przeglądy urządzenia w okresie gwarancji*". Tym samym, przystępujący nie zaoferował zamawiającemu wymaganych kalibracji przepływów powietrza.

Bezzasadne było w tym zakresie odwoływanie się przez przystępującego w piśmie procesowym do ogólnego oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym. Rzeczywiście, w pkt 5 g formularza ofertowego wykonawca złożył oświadczenie: „*zapoznałem/liśmy się z treścią SIWZ, jej załącznikami, w tym wzorem umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) i OPZ oraz wszystkimi dot. ich modyfikacjami (jeżeli dotyczy) i w pełni akceptujemy ich treść".*Jednakże, dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie to było ogólnym oświadczeniem, któremu przeczyło bardziej szczegółowe oświadczenie o zakresie oferowanej usługi złożone w pkt B.2. formularza asortymentowego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, nie można powoływać się na ogólne oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ, w sytuacji gdy temu oświadczeniu przeczy wyraźne i bardziej szczegółowe oświadczenie znajdujące się w ofercie.

Podkreślenia wymagało, że to sam zamawiający przesądził w treści SIWZ, której przystępujący nie kwestionował, że niewystarczające będzie złożenie formularza ofertowego. W pkt 10.3.2. wyraźnie wskazał, że na zawartość oferty składa się też formularz asortymentowy, w którym należy wymienić parametry oferowane, zaś opisane w formularzu asortymentowym wymogi zamawiającego uznano za bezwzględnie wiążące. Innymi słowy zamawiający wyraźnie nałożył na wykonawców obowiązek wypełnienia formularza asortymentowego, w którym mają dokładnie opisać, jakie świadczenie oferują. Na uwagę zasługiwał fakt, że z fragmentu oferty złożonej przez przystępującego nie wynikało,

jakoby zaoferował on zamawiającemu kalibracje przepływu powietrza.

Zamawiający i przystępujący utrzymywali w pismach procesowym i w trakcie rozprawy, że sporne świadczenie rzekomo zostało zaoferowane przez wykonawcę w ramach usługi przeglądu. Podkreślenia wymagało, że zamawiający we wzorze formularza i w OPZ jednoznacznie odróżnił usługę przeglądu od kalibracji przepływu powietrza, zaś wykonawca zaoferował zamawiającemu tylko pierwsze ze świadczeń. Wobec powyższego nie można było utrzymywać, że oferując pierwsze świadczenie, wykonawca miał na myśli na pewno także kalibrację przepływu powietrza. Również zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności załączniki do odpowiedzi na odwołanie oraz załączniki do pisma procesowego przystępującego i pisma procesowego odwołującego nie prowadziły do wniosku, że sporne świadczenie na pewno zostało zaoferowane przez przystępującego w tym postępowaniu.

Zamawiający i przystępujący przy pismach procesowych złożyli w charakterze dowodu zaświadczenia dwóch użytkowników produktów oferowanych przez przystępującego, tj. Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu i Uniwersytetu im. A Mickiewicza w Poznaniu, którzy oświadczyli, że przystępujący podczas serwisu wykonywał kalibracje przepływów powietrza (por. załączniki do odpowiedzi na odwołanie i pisma przystępującego z 9 listopada 2020 r.). Wzięto pod uwagę, że opinie dwóch użytkowników nie mogą być uznane za dowody rozstrzygające. Na uwagę zasługiwał fakt, że nie były znane warunki ofert, umów na serwis, jakie użytkownicy ci zawarli z przystępującym. W szczególności nie można było wykluczyć, że wymóg przeprowadzenia kalibracji mógł wynikać wprost z tych umów czy oferty przystępującego.

Zamawiający i przystępujący powołali się również na procedurę serwisową Animalab sp. z o.o., wersja 2, z 3 stycznia 2020 r. dla wieży wentylującej Eco Flow Tower Blower Allentown (załącznik nr 1 do pisma procesowego przystępującego z 9 listopada 2020 r., załącznik do odpowiedzi na odwołanie). W procedurze przedstawionej w tym dokumencie rzeczywiście była mowa o kalibracji. Wzięto pod uwagę, że w treści oferty przystępujący nie odwołał się do tej procedury serwisowej. Przy ocenie wiarygodności tej procedury serwisowej wzięto również pod uwagę, że strona odwołująca przeprowadziła dowody przy piśmie procesowym z 9 listopada 2020 r. z których wynikało, że sporna kalibracja przepływów powietrza jednak nie jest wykonywana przez przystępującego przy każdym przeglądzie.

W dowodzie nr 3, załączonym do pisma procesowego odwołującego z 9 listopada 2020 r. (Instrukcja obsługi - System klatek i regałów IVC dla myszy), znajdował się harmonogram konserwacji, w którym znalazło się zastrzeżenie producenta urządzenia tj. Allentown o treści: „*Skontaktuj się z firmą Allentown, Inc. w celu omówienia określonych okresów międzyobsługowych i zalecanych procedur operacyjnych*". Z kolei w ramach czynności konserwacyjnych wymieniono jedynie następujące czynności: *wymiana filtra w klatce, mycie regału, czyszczenie przewodów, sprawdzenie uszczelek przewodów, dmuchawy, czyszczenie filtrów wstępnych, certyfikacja filtrów HEPA, wymiana filtrów HEPA.* Dowód ten świadczył o tym, że zakres usługi serwisowej nie jest ścisły, jest indywidualne uzgadniany, a kalibracja przepływów powietrza niekoniecznie musi wchodzić w ten zakres.

Odwołujący złożył także dowód nr 4 – raport serwisowy przystępującego z przeglądów regałów IV C z 11/12.08.2020 wykonany na rzecz Instytutu Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego PAN. Z opisu czynności wynikało, że w ramach tego przeglądu przystępujący nie wykonał kalibracji przepływów powietrza. Powyższe należało zestawić z załącznikiem nr 6 do pisma procesowego przystępującego, który zawierał raport serwisowy przystępującego z przeglądu regałów wykonanych na rzecz tego samego zleceniodawcy w ramach tej samej umowy tj. umowy nr IBD/U/105/2019 z 26.08.2019 r. (por. załączniki nr 6 i 7 do pisma procesowego przystępującego z 9 listopada 2020 r.). Po pierwsze do dokumentu złożonego przez przystępującego należało podchodzić z dużą ostrożnością, gdyż zawierał on podpis jedynie przedstawiciela samego przestępującego a nie zawierał podpisu zleceniodawcy, który figurował z kolei na dowodzie nr 4 złożonym przez odwołującego. Jednakże nawet pomijając tę kwestię, należało dojść do wniosku, że dokument ten niekoniecznie przemawiał na rzecz stanowiska przystępującego. Z raportu z załącznika nr 6 do pisma przystępującego wynikało wprawdzie, że kalibracja przepływów powietrza rzeczywiście została wykonana. Jednakże zestawienie tego dowodu z dowodem nr 4 świadczyło o tym, że kalibracja przepływów powietrza nie jest każdorazowym, obligatoryjnym elementem przeglądów świadczonych przez przystępującego. Dowody przeprowadzone przez odwołującego świadczyły również o tym, że procedura serwisowa Animalab z 3.1.2020 r., na jaką powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i przystępujący w piśmie procesowym z 9 listopada 2020 r., niekoniecznie była stosowana w każdym przypadku, o czym świadczyły dowody nr 3 i 4 z pisma procesowego odwołującego z 9.11.2020 r.

Nie świadczyły o zasadności twierdzeń zamawiającego przedstawione przez niego przy odpowiedzi na odwołanie dowody: oferta firmy ZEISS z dnia 14 lipca 2020 r wraz z protokołem odbioru z dnia 11 września 2020 r., oferta firmy QIAGEN Polska Sp. z o. o. z dnia 20 kwietnia 2020 r wraz z protokołem serwisowym z dnia 27 kwietnia 2020 r., protokoły serwisowe firmy Labsoft Sp. z o. o. z dnia 24 października 2019 r. i protokoły serwisowe firmy Labsoft Sp. z o. o. z dnia 25 października 2019 r. Izba wzięła pod uwagę, że były to oferty i protokoły serwisowe sprzętu, który nie został zaoferowany w postępowaniu ani nawet rodzajowo nie był do niego zbliżony. Również raport serwisowy firmy WITKO sp. z o. o. z dnia 5 marca 2015 r. nie dotyczył oferowanych urządzeń. Dokumenty te nie mogły zatem być podstawą do ustaleń, że przystępujący w ramach przeglądu oferowanych urządzeń na pewno zaoferował kalibracje przepływów powietrza.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w analizowanej spawie zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z pkt B.2 wzoru formularza asortymentowego. Zamiast odrzucenia oferty, zamawiający podjął, wykorzystując instytucję wyjaśnień treści oferty, niedopuszczalne negocjacje z przystępującym, które doprowadziły do rozszerzenia, po terminie składania ofert, zakresu świadczenia zaoferowanego i wycenionego przez przystępującego. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, zaakceptował ich treść, naruszając zasadę niezmienialności ofert wynikającą z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o*

udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę podlegającą odrzuceniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezaoferowania kalibracji przepływów powietrza, wymaganej zgodnie z pkt B.2. wzoru formularza asortymentowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje:*„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego Rafała Sieraczyńskiego. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.".

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród rozpoznanych zarzutów jeden okazał się zasadny, a jeden chybiony. Kosztami postępowania obciążano zatem zamawiającego i odwołującego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300,00 zł (18.600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 zł – 9.300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……