Sygn. akt:KIO 1993/20

KIO 1997/20

WYROK

z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2020 roku Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 17 sierpnia 2020 roku przez **Suntar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie**;

B.w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO **1993/20** po stronie zamawiającego.

B.wykonawcy **SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO **1997/20** po stronie zamawiającego.

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie wniesione przez **Suntar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie** i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Komendzie Głównej Straży Granicznej w Warszawie**– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Suntar Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie** i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie,**

3.kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie**oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie** i**:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Suntar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie** (15 000 zł 00 gr) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółką komandytową w Warszawie** (15 000 zł 00 gr)

3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie** na rzecz **Suntar Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBA System Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Warszawie** na rzecz **Skarbu Państwa – Komendy Głównej Straży Granicznejw Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 1993/20

KIO 1997/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Główna Straży Granicznej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup wzmocnionych terminali do mobilnej odprawy granicznej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 sierpnia 2020 roku wykonawca Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie wnieśli odwołania wobec czynności i zaniechać zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Sygn. akt: KIO 1993/20

Wykonawca Suntar Sp. z o.o. w Warszawie (dalej także: odwołujący 1) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1.odrzuceniu oferty odwołującego 1 w wyniku uznania, iż treść oferty odwołującego 1 jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.)

2.zaniechaniu wezwania odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

3.wyborze oferty konsorcjum firm: MBA System sp. z o.o., MBA System sp. z o. o. sp. k. (dalej także: przystępujący 1).

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty odwołującego 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo iż oferta ta odpowiadała treści s.i.w.z.,

2.art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wezwanie odwołującego 1 do przedłożenia „atestu/certyfikatu" potwierdzającego, że urządzenie będące przedmiotem oferty spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, który to dokument nie został precyzyjnie wskazany w s.i.w.z.,

3.art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego 1 do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz w zakresie treści złożonych dokumentów;

4.art. 91 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego 1, mimo iż najkorzystniejszą była oferta odwołującego 1;

5.art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący 1 wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania

2.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego 1 i poddanie oferty odwołującego 1 badaniu i ocenie w ramach ponownej oceny ofert

Ewentualnie, z ostrożności procesowej, wniósł o

3.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego 1 i wezwanie odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz treści złożonych dokumentów a następnie poddanie oferty odwołującego 1 w badaniu i ocenie w ramach ponownej oceny ofert,

4.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego 1 i nakazanie wyboru oferty odwołującego 1 jako najkorzystniejszej

5.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego 1 kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dni 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym I sposobu ich rozliczania.

Odwołujący 1 wskazał, że jego interes został w postępowaniu naruszony z uwagi na fakt, że czynności zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiły odwołującemu udzielenie zamówienia poprzez dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji odwołujący 1 poniesie szkodę w związku z brakiem wyboru jego oferty i uzyskania zamówienia, a tym samym odwołujący 1 posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący 1 wskazał, że zamawiający w s.i.w.z. zamieścił wymóg, szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia" (strona 5 - tabela - wiersz 12 „Atesty i certyfikaty), w którym określił, że oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek (dokumenty potwierdzające spełnianie wyżej wymienionych wymagań należy załączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD810G metodyki badawczej)

Odwołujący 1 złożył w terminie ofertę, oferując terminal Zebra Xplore L10.

Pismem z dnia 26 czerwca 2020 zamawiający wezwał odwołującego 1 do wyjaśnienia treści oferty oraz złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wyżej opisanych wymagań. W odpowiedzi na powyższe odwołujący 1 pismem z dnia 3 lipca 2020 roku złożył wyjaśnienia treści oferty oraz przedłożył zamawiającemu oświadczenie producenta oferowanego sprzętu Zebra Technologies sp. z o.o. w Warszawie, potwierdzające, że oferowany sprzęt Zebra Xplore L10 spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie co najmniej: odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek. Dokument ten wydano na podstawie przeprowadzonych badań urządzenia.

Pismem z dnia 8 lipca 2020 roku zamawiający ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie, że dotychczas załączone dokumenty są jedynie „informacją", że urządzenie będące przedmiotem oferty

spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G.

Zdaniem zamawiającego z przedłożonych wyjaśnień w żaden sposób nie wynikało, że oferowane urządzenie zostało przebadane zgodnie z normą wytrzymałościową MIL-STD- 810G, a tym samym, że spełnia wymagania zawarte w tej normie. Stąd też wezwał ponownie odwołującego 1 do złożenia atestu lub certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez oferowane urządzenie normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 roku zamawiający zamieścił na platformie cyfrowej informację, że odrzuca ofertę odwołującego 1 jako niezgodną z s.i.w.z. W ocenie zamawiającego, odwołujący 1 przedstawił wyniki badań wykonane przez laboratorium SGS w Tajwanie, z których to wyników badań, w ocenie zamawiającego wynika, iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań normy MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę oraz odporności na upadek. W zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę przedstawione wyniki badań, zdaniem zamawiającego nie są analogiczne do wymaganej normy, a w zakresie odporności na niską temperaturę badane zakresy temperatur nie obejmują zakresów wskazanych w procedurze 502.6 (502.5) MIL-STD-810G. Zamawiający wskazał ponadto, że normy wskazane w procedurze 502.6 (odporność na niską temperaturę) przewidują przeprowadzenie testów w temperaturze od -21°C i mniej, a w ocenie zamawiającego, przedstawiony przez odwołującego 1 test obejmuje badanie urządzenia w temperaturze minimalnej -20°C czyli zakres temperatur badanych nie pokrywa się z temperaturami określonymi w normie MIL-STD-810G w zakresie niskich temperatur.

Zamawiający wskazał ponadto, że w wyjaśnieniach odwołującego 1 symbol iX101L1 oznacza oferowany model urządzenia Zebra Xplore L10. Przedstawione badania odporności na upadek dotyczą jednak, w ocenie zamawiającego, innego urządzenia o symbolu iX101L2. W związku z powyższym oferowane przez odwołującego 1 urządzenie Zebra Xplore L10 nie spełnia wymagań zamawiającego zapisanych w pkt. 3.1 OPZ Atesty / certyfikaty w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę oraz upadek.

W ocenie odwołującego 1, wskazane wyżej czynności i zaniechania zamawiającego naruszają w sposób oczywisty przywołane na wstępie przepisy ustawy P.z.p., skutkując tym samym prowadzeniem postępowania przez zamawiającego w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Odwołujący 1 wskazał, że treść jego oferty zawiera wszystkie elementy wskazane i wymagane przez zamawiającego w treści s.i.w.z. a informacje te są prawdziwe i zgodne z informacjami uzyskanymi od producenta a tym samym spełniają wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego i potwierdzone przez odwołującego 1 w ofercie.

Odwołujący 1 podniósł, że zamawiający w pkt. 3.1 OPZ wymagał między innymi, aby oferowane urządzenie spełniało wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na; wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek. Zamawiający, poza odpowiedzią na pytanie 12, gdzie wprost odwołał się do procedury testowej 506.5 normy MIL-STD-810G, nie wskazał jednak precyzyjnie, jakiego dokumentu wymaga celem potwierdzenia, że oferowane urządzenie spełnia normy wytrzymałościowe MIL-STD-810G,. Tym bardziej nie wskazał, według jakich konkretnych procedur testowych zawartych w normie MIL-STD-810G badania mają być wykonane w zakresie wysokiej temperatury, niskiej temperatury, zmiany temperatur, wilgotności powietrza, pyłu, wibracji i upadku. Zamawiający, wbrew twierdzeniom, nigdzie nie uszczegółowił, że dokument potwierdzający spełnianie wskazanych norm ma być certyfikatem czy atestem. Tym samym nigdzie nie pojawiła się w dokumentacji przetargowej nazwa rodzaju dokumentu, jaki wykonawca ma dostarczyć ani tym bardziej numer ściśle określonej procedury badawczej MIL-STD-810G, w zakresie której sprzęt ma zostać przetestowany co do odporności na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek.

Wskazanie przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, że oczekuje „atestu" lub „certyfikatu" nie wytrzymuje konfrontacji z treścią wymagania wskazanego w OPZ. O ile bowiem istotnie wymaganie znalazło się w tabeli „Atesty i certyfikaty „ to jednak literalna treść wymagania nie daje podstaw do twierdzenia, by zamawiający domagał się określonego atestu bądź certyfikatu. Tam bowiem, gdzie chodziło o certyfikat, zamawiający wskazał wprost, jakiego certyfikatu i przez kogo wydanego oczekuje.

Odwołujący 1 stwierdził, że w zakresie spełniania wymagań normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, zamawiający wyłącznie oczekiwał - i to oczekiwanie literalnie wyraził w s.i.w.z. - dokumentu potwierdzającego, że sprzęt oferowany spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL- STD-810G. Zaś ten dokument miał zostać wydany na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD-810G metodyki badawczej. Takim dokumentem, w ocenie odwołującego 1, było oświadczenie producenta, który wystawił je na podstawie szczegółowych badań, jakim poddany został oferowany sprzęt. W ocenie odwołującego 1, dokument ten w pełni odpowiadał wymaganiom zawartym w s.i.w.z., skoro potwierdzał, że oferowane urządzenie spełnia wymagania normy MIL-STD-810G. Zamawiający uznał jednak już wówczas w sposób nieuprawiony, że samo oświadczenie producenta nie jest wystarczające, bo stanowi jedynie informację a nie dowód w postaci atestu lub certyfikatu na spełnianie przez urządzenie wymaganej normy. Żądając od odwołującego 1 atestu lub certyfikatu, zamawiającego nie wskazał jednak, jaki certyfikat lub atest ma odwołujący 1 przedstawić. Odwołujący 1 przedstawił zatem wyniki badań, na podstawie których wprost można uznać, że sprzęt został poddany analogicznym badaniom w zakresie spełniania wymagania normy wytrzymałościowej MIL- STD-810G. Jednak zamawiający ponownie, w sposób absolutnie dowolny i nieuprawiony ani treścią przepisów ustawy P.z.p., ani treścią s.i.w.z., uznał, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagania normy MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę oraz odporności na upadek bowiem nie zostało przetestowane według procedury 502.6 (502.5) MIL-STD-810G i badany zakres temperatur nie obejmuje testów w temperaturze minus 21 stopni Celsjusza i mniej.

Odwołujący 1 podniósł, że w tym samym punkcie 3.1 OPZ zamawiający jednoznacznie doprecyzował, że urządzenia mają zapewnić temperaturę pracy od -20 do 40 stopni Celsjusza, Odwołujący 1 przedstawił wyniki badań przeprowadzonych zgodnie z normą MIL- STD-810G metoda 503.6 procedura I potwierdzające, że urządzenie poprawnie pracuje zarówno w wymaganej niskiej temperaturze - 20 stopni Celsjusza, jak i wymaganej wysokiej temperaturze 40 stopni Celsjusza i jest odporne na zmianę temperatury od niskiej do wysokiej I odwrotnie.

Dodatkowo dla podkreślenia, że oferowany tablet jest wyjątkowo odporny na szeroki zakres temperatur pracy i ich gwałtowne zmiany, odwołujący 1 dostarczył wynik badania wykraczający poza normę MIL-STD-810G w tym zakresie. Tymczasem, odrzucając ofertę odwołującego 1, zamawiający uargumentował to tym, że - w jego ocenie- przedstawione

wyniki badań nie potwierdzają, by oferowane urządzenie spełniało wymagania normy MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę oraz odporności na upadek. Tym samym nie dość, że zamawiający wprowadza dopiero na etapie oceny oferty wymóg załączenia atestu lub certyfikatu, nie podając, o jaki rodzaj dokumentu dokładnie mu chodzi to jednocześnie wprowadza dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu Wykonawcy niezawarty dotychczas w s.i.w.z. wymóg, wskazując, że przedstawione wyniki badań nie są zgodne z procedurą 502.6 (502.5) MIL-STD-810G i badany zakres temperatur nie obejmuje testów w temperaturze minus 21 stopni Celsjusza i mniej. Nie wyjaśnia jednak zamawiający, z jakich powodów dopiero na tym etapie wskazuje ściśle określoną metodę badawczą, choć wcześniej jej nie uszczegółowił oraz dlaczego wybiera taką normę, która odwołuje się do niższych niż w wymaganiach s.i.w.z. temperatur, w jakich pracować ma sprzęt oferowany skoro w dokumentacji postępowania wskazał wprost minimalną temperaturę pracy urządzenia na poziomie minus 20 stopni Celsjusza.

Odwołujący 1 wyjaśnił, że wpływ niskich/wysokich temperatur w ramach normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G bada się wieloma metodami, wśród których jedynie przykładowo można wskazać normy 501.5, 502.5, 503.5, 520.3, 523.3. Każda z wyżej wymienionych metod zawiera dodatkowo różne procedury i sugerowane parametry. Zamawiający - jeśli istotnie miały dla niego znaczenie poszczególne metody badawcze w ramach normy MIL-STD-810G - winien je wprost określić w s.i.w.z., nie tylko w zakresie metody, procedury, ale również co do konkretnych parametrów w ich ramach. Brak takich danych sprawił, że odwołujący 1 został wprowadzony w błąd, skoro zapis s.i.w.z. wskazywał, że dokumenty potwierdzające spełnianie normy muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD-810G metodyki badawczej bez wskazania jednak, o którą konkretną procedurę chodzi

Odnosząc się natomiast do zarzutu, jakoby przedstawione badania odporności na upadek urządzenia oferowanego przez odwołującego 1 dotyczyły innego niż oferowane urządzenie o symbolu iX101L2 a tym samym oferowane przez odwołującego 1 urządzenie Zebra Xplore L10 nie spełniało wymagań zamawiającego zapisanych w pkt. 3.1 OPZ Atesty i certyfikaty w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę oraz upadek, odwołujący 1 wskazał, że jest ono błędne.

Odwołujący 1 wskazał, że nazwa kodowa Lynx iXL101L2 oznacza tablet Zebra L10 w konfiguracji z procesorem Pentium, natomiast nazwa kodowa Lynx iXL101L1 oznacza tablet Zebra L10 w konfiguracji z procesorem serii i5 lub i7. Zainstalowany procesor nie ma oczywiście żadnego wpływu na odporność tabletu, a przedstawione wyniki badań są spójne dla wszystkich możliwych konfiguracji i kombinacji procesor/pamięć tabletu Zebra L10. Wskazał również, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości lub dysponował informacjami w zakresie zgodności treści oferty odwołującego 1 z wymaganiami, jakie postawił wykonawcom w zapisach specyfikacji, mógł skorzystać z możliwości, jaką daje art. 87 ust 1 ustawy P.z.p. i zażądać od odwołującego 1 wyjaśnień w zakresie, w jakim te wątpliwości się pojawiły. Mógł również posłużyć się instrumentem zawartym w art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Konstrukcja przepisu wskazuje, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w sytuacji, gdy zajdą ku temu przesłanki, jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający niezasadnie jednak zaniechał takiego wezwania mimo, iż ewidentnie jego wątpliwości dotyczyły treści i informacji, jakie zawarte były w dokumentach złożonych na wezwanie zamawiającego.

Odwołujący 1 podniósł, że w konsekwencji powyższych działań i zaniechań zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 91 ustawy P.z.p., który wskazuje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z. W analizowanym wypadku zestawienie oferty odwołującego 1 z wybraną jako najkorzystniejszą ofertą przystępującego 1 wyraźnie wskazuje, że oferta odwołującego 1 jest korzystniejsza. Gdyby zatem nie została bezzasadnie odrzucona, zamawiający dokonałby jej wyboru jako najkorzystniejszej. Tym samym, nie czyniąc tego, naruszył art. 91 ustawy P.z.p. Dopuszczając się naruszeń wskazanych w wyżej wymienionych przepisach ustawy P.z.p., zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia a tym samym naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego 1, zamawiający stwierdził, że nie może zgodzić się argumentacją przedstawioną w treści odwołania. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z. - Opis Przedmiotu Zamówienia, w rubryce „Atesty i certyfikaty", zamawiający zawarł wymóg:

„Oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, w zakresie odporności na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek (dokumenty potwierdzające spełnienie ww. wymagań należy dołączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych wg analogicznej do MIL-STD-810G metodyki badawczej". W złożonej przez odwołującego 1 ofercie brak było wymaganego dokumentu, dlatego zamawiający w dniu 26.06.2020 r. skierował do niego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., dotyczące uzupełnienia brakującego dokumentu. W odpowiedzi przesłanej w dniu 03.07.2020 r. odwołujący 1 przesłał pismo ZEBRA Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, tj. polskiego przedstawiciela producenta, zawierające informację, że zaoferowane w postępowaniu terminale spełniają wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, i że dokument wydaje się na podstawie przeprowadzonych badań urządzenia. Pismo zostało podpisane przez osobę, która zgodnie z wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego nie jest uprawniona do reprezentowania Zebra Technologies Sp. z o.o. W związku z powyższym zamawiający w dniu 8 lipca 2020 r. skierował do odwołującego 1 kolejne wezwanie dotyczące dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań zawartych w s.i.w.z. W odpowiedzi odwołujący 1 przesłał raporty z badań, które zostały poddane ocenie odnośnie spełnienia stawianych przez zamawiającego wymagań dotyczących odporności oferowanego przedmiotu zamówienia. Przedłożone raporty z badań nie potwierdziły, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego zgodnie z normą MIL-STD-81 OG lub równoważną.

Zamawiający wskazał, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia wyraźnie wskazał osiem zakresów, w jakich oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy MIL-STD 810G, były to odporność na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek. W dniu 13.07.2020 r., jako odpowiedź na wezwanie do przedstawienia dokumentów, odwołujący 1 przesłał 10 raportów z badań przeprowadzonych przez laboratorium SGS Taiwan Ltd. Z przesłanych raportów jedynie 6 wykonanych jest na podstawie warunków

opisanych w normie MIL-STD 810G. Badania zgodne z wymaganą w s.i.w.z. normą to odporność na: zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje oraz upadek. Zamawiający zaznaczył, iż odwołujący 1 w piśmie, za pośrednictwem którego przesłał raporty z przeprowadzonych badań, wyraźnie wskazał, iż kodowe oznaczenie oferowanego produktu używane przez laboratorium to Lynx iX101 LI. W związku z tym zamawiający uznał, iż użyte w raporcie dotyczącym przeprowadzonego badania odporności na upadek dotyczyło innego niż oferowane urządzenie, ponieważ badane urządzenie posiada oznaczenie iX101L2, czyli inne niż to, na które wskazuje odwołujący 1. Odwołujący 1 przesłał także test cyklicznej temperatury, który nie jest analogiczny do wymaganej normy MIL-STD810G pod względem badanych temperatur, ale także nie opisano w nim żadnych warunków, w jakim przeprowadzono badanie. Dodatkowo odwołujący 1 przesłał niewymaganą w s.i.w.z. deklarację zgodności z szeregiem także niewymaganych norm oraz niewymagane raporty z badań dotyczące zgodności z normą IEC60529 w zakresie przenikania wody oraz ciał stałych i obcych, świadczącą o spełnieniu klasy szczelności IP65.

Odnosząc się do zarzutu naruszającego, w ocenie odwołującego 1, art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez wezwanie odwołującego 1 do przedłożenia „atestu/certyfikatu", potwierdzającego, że urządzenie będące przedmiotem oferty spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, który to dokument nie został precyzyjnie wskazany w s.i.w.z., zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowym postępowaniu i powinien zostać oddalony. Zamawiający zawarł w s.i.w.z. - Opis Przedmiotu Zamówienia, w rubryce „Atesty i certyfikaty", wymóg:

„Oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, w zakresie odporności na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek. (dokumenty potwierdzające spełnienie ww. wymagań należy dołączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych wg. analogicznej do MIL-STD-810G metodyki badawczej". W złożonej przez odwołującego ofercie brak było jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego spełnienie tego wymogu. Zamawiający zapis dotyczący wymogu przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wytrzymałościowych zgodnie z normą MIL-STD-810G lub równoważną zapisał w rubryce „Atesty/certyfikaty" jedynie tytułując tak tę rubrykę. W samej treści wymogu wyraźnie wskazał, że mają to być dokumenty potwierdzające spełnienie tego wymogu i że muszą być one wydane na podstawie przeprowadzonych badań. Taki zapis nie ograniczał w żaden sposób konkurencji, a wręcz dopuszczał możliwość złożenia różnych dokumentów, które mogą stanowić poświadczenie spełnienia normy wytrzymałościowej. Najlepszym dowodem na to jest fakt, że zamawiający uznał za prawidłowe przesłane przez odwołującego 1 raporty z badań, nie ograniczając się jedynie do atestów i certyfikatów. Zupełnie inną kwestią pozostaje ocena, czy na podstawie przedłożonych raportów można uznać, że oferowane urządzenie spełnia bądź nie spełnia wymagań zamawiającego. Stawiany zarzut nie znajduje uzasadnienia, gdyż zamawiający wyraźnie wskazał w s.i.w.z. a następnie w wezwaniach kierowanych do odwołującego 1, że wymaga przedłożenia „DOKUMENTU", nie precyzując, że ma być certyfikat lub atest potwierdzający spełnienie normy odpornościowej. Taki zapis dawał wszystkim wykonawcom możliwość przedstawienia dowolnego dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań, co w znacznym stopniu rozszerzało krąg potencjalnych wykonawców. Dodatkowo stwierdził, że jeżeli zapis ten budził wątpliwości odwołującego 1, to mógł on w trakcie prowadzonej procedury zwrócić się z pytaniem lub wnioskiem o wyjaśnienie treści s.i.w.z., a taka czynność nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego, w ocenie odwołującego 1, naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., w związku z art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego 1 do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz w zakresie treści złożonych dokumentów, w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do jego uznania. Z treści art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje, że – co do zasady – czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający, działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest nie tylko uprawniony, co wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień powziętych wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający powinien bowiem zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczności, w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego. Czyniąc zadość zasadom wynikającym z analizy i interpretacji art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wezwał odwołującego 1 do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie, w jakim treść oferty w jego ocenie wymagała złożenia wyjaśnień i była dopuszczalna zgodnie z przepisami prawa. Wyjaśnienia dotyczyły sposobu integracji tabletu oraz czytnika odcisków palców. Przesłane wyjaśnienia zostały uznane przez zamawiającego jako pełne i wyczerpujące. Odnośnie zarzutu co do zaniechania wezwania do wyjaśnień odnośnie przesłanych w ramach uzupełnienia oferty dokumentów zamawiający nie miał co do ich treści wątpliwości i poddał je ocenie.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie odrzucenia oferty odwołującego 1 na podstawie art. 89 ust. I pkt. 2 ustawy P.z.p., co w konsekwencji powoduję, że najkorzystniejszą jest oferta wskazana przez zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 7 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Analizując przebieg całego postępowania zarzut ten nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Przystępujący 1 poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, wynosi: 1 923 077,33 zł. brutto.

Zamawiający w s.i.w.z. zamieścił wymóg, szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia" (strona 5 - tabela - wiersz 12 zatytułowany: „Atesty i certyfikaty"), w którym określił, że oferowane

urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek (dokumenty potwierdzające spełnianie wyżej wymienionych wymagań należy załączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD810G metodyki badawczej).

Z kolei, w wierszu 14 tabeli „Dodatkowe wymagania" zamawiający zamieścił wymóg: „temperatura pracy urządzenia (operacyjna) od co najmniej -20° C do nie mniej niż +40°C, odporność na gwałtowne zmiany temperatury".

Odwołujący 1 złożył w terminie ofertę, oferując terminal Zebra Xplore L10.

Odwołujący 1 przedstawił w swojej ofercie następującą cenę za przedmiot zamówienia:

Cena za zamówienie podstawowe: 1 836 205,50 zł.

Cena za opcję: 1 836 205,50 zł.

Cena łączna (zamówienie podstawowe + opcja): 3 672 411,14 zł.

Pismem z dnia 26 czerwca 2020 zamawiający wezwał odwołującego 1 do wyjaśnienia treści oferty oraz złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wyżej opisanych wymagań. W odpowiedzi na powyższe odwołujący 1 pismem z dnia 3 lipca 2020 roku złożył wyjaśnienia następującej treści:

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w załączniku uzupełniamy dokument - oświadczenie producenta - jako dokument potwierdzający spełnienie normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G oraz w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień informujemy, że:

1 Tablet posiada fabryczne otwory techniczne przystosowane i umożliwiające integrację różnego rodzaju akcesoriów. Wykonawca w procesie integracji wykorzysta część z tych otworów, co nie będzie miało wpływu na trwałość tabletu, a w szczególności nie spowoduje utraty certyfikatu dot. normy wytrzymałościowej MILSTD-810G.

2Wykorzystany przez Wykonawcę sposób integracji czytnika odcisków palców nie powoduje ingerencji w obudowę czytnika oraz nie ma wpływu na spełnienie wymogów Zamawiającego dot. gwarancji określonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

3Wykonawca zastosował autorskie rozwiązanie wykorzystujące śruby oraz gwintowane otwory techniczne. Rozwiązanie to jest w pełni zgodne z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w OPZ oraz zostało skonsultowane z producentem urządzenia.

Do wyjaśnień odwołujący 1 załączył oświadczenie producenta oferowanego sprzętu Zebra Technologies sp. z o.o. w Warszawie o treści:

Działając w imieniu producenta Zebra Technologies informujemy, że zaoferowany przez naszego partnera w w/w postępowaniu terminal Zebra Xplore L10 spełnienia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie co najmniej: odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek.

Dokument wydaje się na podstawie przeprowadzonych badań urządzenia.

Pismem z dnia 8 lipca 2020 roku zamawiający ponownie wezwał odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień pismem następującej treści:

Dziękujemy za złożenie wyjaśnień w odpowiedzi na pismo z dnia 26.06.2020 roku dotyczących treści złożonej przez Państwa firmę oferty w przedmiotowej sprawie. Z uwagi na wymóg opisany w załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia" (strona 5 – tabela – wiersz 12 „Atesty i certyfikaty), gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał, że wraz z ofertą Wykonawca ma obowiązek złożenia „atestu" lub „certyfikatu" jako dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane urządzenie normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek, prosimy o przedłożenie Zamawiającemu stosownego dokumentu (certyfikatu/atestu) potwierdzającego, że urządzenie będące przedmiotem Państwa oferty zostało przebadane według metodyki MIL-STD-810G lub metodyki analogicznej i uzyskało dokument potwierdzający spełnienie wymaganych parametrów wytrzymałościowych.

Przedłożone wraz z Państwa wyjaśnieniami z dnia 03.07.2020 roku, pismo ZEBRA TECHNOLOGIES Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, jest jedynie „informacją" że urządzenie będące przedmiotem oferty spełnia wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, cyt„Działając w imieniu producenta Zebra Technologies informujemy, że ..... . Dokument wydaje się na podstawie przeprowadzonych badań urządzenia".

Z przedłożonych wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, że oferowane urządzenie zostało przebadane zgodnie z normą wytrzymałościową MIL-STD-810G a tym samym, że spełnia wymagania zawarte w tej normie. Jednocześnie w wyjaśnieniach piszecie państwo, że integracja urządzenia (tabletu) z różnego rodzaju akcesoriami, w tym przypadku z czytnikiem odcisków palców, cyt. „…. nie spowoduje utraty certyfikatu dot. normy wytrzymałościowej MIL-STD810G".

Biorąc powyższe pod uwagę proszę jak na wstępie.

Jednocześnie przypominam, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, wyjaśnienia, Zamawiający i Wykonawca przekazują elektronicznie za pośrednictwem platformy pod adresem: https://portal.smartpzp.pl/kgsg. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, odbywa się w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy, w zakładce „Korespondencja". Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zaświadczeń oraz informacji przyjmuje się datę zapisania na serwerach. W związku z powyższym proszę o przesłanie ww. dokumentów za pośrednictwem platformy pod adresem: https://portal.smartpzp.pl/kgsg., w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13.07.2020 r.

W odpowiedzi odwołujący 1 w dniu 13 lipca 2020 roku przesłał raporty z badań z tłumaczeniem na okoliczność spełnienia przez oferowane urządzenie normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G. Z ostrożności wyjaśnił, że powoływany w raportach symbol tabletu iX101 L1 jest kodowym oznaczeniem zaoferowanego tabletu Zebra Xplore L10.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 roku zamawiający zamieścił na platformie cyfrowej informację o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez przystępującego 1. Ponadto zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę odwołującego 1 jako niezgodną z s.i.w.z., podając następujące uzasadnienie:

Zamawiający w pkt. 3.1 OPZ Atesty i certyfikaty oraz odpowiedziach na pytania wymagał między innymi aby urządzenie spełniało wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie (pytanie nr 12 procedura testowa 506.5 normy MIL-STD-810G), wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek.

Na potwierdzenie ww. wymagań zgodnie z OPZ Wykonawca powinien złożyć stosowne dokumenty potwierdzające spełnienie określonych wymagań.

Po dwukrotnym wezwaniu, Wykonawca: Suntar Sp. z o.o. przedstawił wyniki badań wykonane przez laboratorium SGS w Tajwanie. Z przedstawionych wyników badań wynika iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań normy MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę oraz odporności na upadek.

W zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę przedstawione wyniki badań nie są analogiczne do wymaganej normy, a w zakresie odporności na niską temperaturę badane zakresy temperatur nie obejmują zakresów wskazanych w procedurze 502.6 (502.5) MIL-STD-810G.

Normy wskazane w procedurze 502.6 (odporność na niską temperaturę) przewidują przeprowadzenie testów w temperaturze od -21°C i mniej. Przedstawiony przez Wykonawcę test obejmuje badanie urządzenia w temperaturze minimalnej -20°C czyli zakres temperatur badanych nie pokrywa się z temperaturami określonymi w normie MIL-STD-810G w zakresie niskich temperatur.

W korespondencji Wykonawca wyjaśnia iż w dokumentach przedstawiających wyniki badań symbol iX1O1L1 oznacza oferowany model urządzenia Zebra Xplore L10. Przedstawione badania odporności na upadek dotyczą innego urządzenia o symbolu iX101L2.

W związku z powyższym oferowane przez Wykonawcę Suntar Sp. z o.o. urządzenie Zebra Xplore L10 nie spełnia wymagań Zamawiającego zapisanych w pkt. 3.1 OPZ Atesty i certyfikaty w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę oraz upadek.

Uzasadnienie prawne:

Ww. oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego 1, należy na wstępie wskazać, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70^1 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non,* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższego wynika, że nie tylko wykonawcy, ale również zamawiający obowiązany jest stosować się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowanie o udzielenie zamówienia, a modyfikowanie jej możliwe jest jedynie w sytuacjach wskazanych w ustawie, przy czym – co należy podkreślić – ustawa P.z.p. nie dopuszcza możliwości wprowadzania zmian w specyfikacji po upływie terminu składania ofert.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający, formułując wymogi dotyczące tabletu zamieścił wymóg, szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia" (strona 5 - tabela - wiersz 12 zatytułowany: „Atesty i certyfikaty"), w którym określił, że oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatur, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje i upadek (dokumenty potwierdzające spełnianie wyżej wymienionych wymagań należy załączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD810G metodyki badawczej).

Analiza przytoczonej wyżej treści wymogu pozwala na wniosek, iż zamawiający nie wskazał, jakiego rodzaju dokumenty mają być złożone w celu wykazania spełniania wymagań normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G. Jedyne warunki, jakie określił, dotyczyły treści dokumentu. Przedłożony dokument miał – po pierwsze – potwierdzać spełnianie wymagań normy MIL-STD-810G, i – po drugie – być wydany na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD810G metodyki badawczej.

Co prawda, wiersz rubryki, w której opisano wymogi, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G, został zatytułowany „Atesty i certyfikaty", niemniej jednak sam zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą utrzymywał, że był to jedynie tytuł, a zatem istniała możliwość złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnianie normy.

W ocenie Izby, złożony przez odwołującego 1 dokument wystawiony przez polskiego przedstawiciela producenta, Zebra Technologies Sp. z o.o. w Warszawie, spełnia wymogi wskazane przez zamawiającego w s.i.w.z. w zakresie potwierdzenia w nim spełnienia wymagań normy MIL-STD-810G. Na marginesie Izba wskazuje, że zarzut zamawiającego, jakoby oświadczenie to nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji producenta, został podniesiony dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Izba uznała zatem, iż fakt ten nie stanowił przesłanki odrzucenia oferty odwołującego 1 i nie odniosła się do niego w niniejszym rozstrzygnięciu.

W dokumencie wskazanym wyżej istotnie brak jest jednoznacznego stwierdzenia, że został on wydany na podstawie badań przeprowadzonych według analogicznej do MIL-STD-810G metodyki badawczej. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do przedłożenia stosownego dokumentu (certyfikatu/atestu) potwierdzającego, że urządzenie będące przedmiotem oferty zostało przebadane według metodyki MIL-STD-810G lub metodyki analogicznej i uzyskało dokument potwierdzający spełnienie wymaganych parametrów wytrzymałościowych.

Izba wskazuje, że zamawiający w sposób niewłaściwy zaznaczył w piśmie, iż wykonawca ma przedłożyć stosowny dokument (certyfikat/atest). W ten sposób stworzył wrażenie, iż wymaga złożenia konkretnego rodzaju dokumentu – certyfikatu lub atestu. Niemniej jednak zaakceptował dokumenty złożone przez odwołującego 1, tj. wyniki badań wykonane przez laboratorium SGS w Tajwanie. Tym samym uznać należy, że dokument potwierdzający przebadanie urządzenia według metodyki MIL-STD-810G został uzupełniony.

Zamawiający jednakże uznał, że z przedstawionych wyników badań wynika iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań normy MIL-STD-810G w zakresie odporności na wysoką i niską temperaturę oraz odporności na upadek, ponieważ normy wskazane w procedurze 502.6 (odporność na niską temperaturę) przewidują przeprowadzenie testów w temperaturze od -21°C i mniej. Przedstawiony przez wykonawcę test obejmuje badanie urządzenia w temperaturze minimalnej -20°C czyli zakres temperatur badanych nie pokrywa się z temperaturami określonymi w normie MIL-STD-810G w zakresie niskich temperatur.

Izba wskazuje, że zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie wykazał, że wymagał przeprowadzenia testów stosownie do wymogów procedury 502.6, przewidującej wykonanie testów w temperaturze od -21°C. Ponadto, jak to już wskazano w wyżej w ustaleniach dokonanych przez Izbę, w wierszu 14 tabeli „Dodatkowe wymagania" zamawiający zamieścił wymóg: „temperatura pracy urządzenia (operacyjna) od co najmniej -20°C do nie mniej niż +40°C, odporność na gwałtowne zmiany temperatury".

W tym miejscu zachodzi sprzeczność w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogąca wprowadzić w błąd wykonawców. Izba wskazuje, że w sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.i.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.i.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawarł. wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty odwołującego 1 w postaci stwierdzenia, iż przedstawione badania odporności na upadek dotyczą innego urządzenia o symbolu iX101L2, Izba wskazuje, że w formularzu ofertowym odwołujący zaoferował urządzenie Zebra Xplore L10. Jest to inne oznaczenie niż iX101L1 czy iX101L2. Zamawiający nie wyjaśnił znaczenia tych symboli, opierając się jedynie na oświadczeniu odwołującego, iż symbol iX101L1 oznacza urządzenie Zebra Xplore L10. Zamawiający nie wyjaśniał, czy symbol iX101L2 nie oznacza również tego samego modelu.

W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód z oświadczenia producenta, Zebra Technologies Europe Limited, z dnia 10 września 2020 r., z którego wynika, że zarówno nazwa kodowa Lynx iX101L2, jak i Lynx iX101L1, oznaczają tablet Zebra Xplore L10, czyli urządzenie zaoferowane przez odwołującego 1 w Formularzu ofertowym. Jednocześnie producent oświadczył, że różnice w oznaczeniu kodowym związane są z konfiguracją procesora i nie maja wpływu na odporność tabletu, a przedstawione wyniki badań MIL-STD-810G są spójne dla wszystkich możliwych konfiguracji i kombinacji procesora/pamięci i innych komponentów tabletu Zebra Xplore L10 i potwierdzają spełnienie wymagań przez oferowane urządzenie.

Izba dała wiarę oświadczeniu zawartemu w piśmie z dnia 10 września 2020 roku. W ocenie Izby stanowi ono dowód na to, iż zaoferowane przez odwołującego 1 urządzenie Zebra Xplore L10 zostało przebadane w zakresie spełniania wymogów normy MIL-STD-810G.

Z uwagi na powyższe, Izba orzekła jak na wstępie.

Sygn. akt: KIO 1997/20

W dniu 17 sierpnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (dalej także: odwołujący 2) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2020, której zarzucili naruszenie art.7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw odrzucenia oferty złożonej przez Suntar sp. z o. o. w Tarnowie (dalej: przystępujący 2) oraz wnieśli o:

-uwzględnienie odwołania w całości;

-nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru z dnia 5 sierpnia 2020 r.

-wskazanie przez zamawiającego, w uzasadnieniu odrzucenia, wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia oferty Suntar sp. z o. o.,

-zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący 2 podniósł, że posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania na jego korzyść, gdyż w przypadku uwzględnienia jego odwołania zostanie ustalony prawidłowy stan faktyczny okoliczności odrzucenia oferty przystępującego 2. Brak skargi na czynność zamawiającego, pomimo zaistnienia przesłanek do jej złożenia, skutkować może, w przypadku skutecznego odwołania przystępującego 2 od czynności z dnia 5 sierpnia 2020 roku, utratą przez odwołującego 2 możliwości podniesienia zarzutu dalszych nieprawidłowości w ofercie odwołującego 2, a co za tym idzie braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a dalej powstania szkody po stronie odwołującego 2 w postaci utraconego zysku.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego, wyrażonym jednoznacznie w przepisach ustawy P.z.p., jest dokonanie oceny ofert w taki sposób, aby uczynić zadość jego obowiązkom. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2020 roku sygn. akt KIO 378/20, ,,Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru ”.

W ocenie odwołującego 2, na pierwsze uchybienie zamawiającego wskazuje niewłączenie do podstawy odrzucenia oferty przystępującego 2 złożenia oferty wariantowe,j tj. braku zgodności oferty z pkt. IV ust. 2 zdanie drugie s.i.w.z., w którym zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

W ocenie odwołującego 2, oferta przystępującego 2 nosi wszelkie znamiona oferty wariantowej, na potwierdzenie czego wskazuje, iż w formularzu oferto w pkt. 3 ust. 1, przystępujący 2 oświadczył, iż oferuje dostarczenie „tablet - Zebra Xplore L10. Jednakże, z ogólnodostępnych informacji, w tym w szczególności ze strony internetowej producenta Zebra, jednoznacznie wynika, iż symbolem Xplore L10 jest oznaczona seria wzmocnionych tabletów, w skład której wchodzą trzy alternatywne modele urządzeń tj. XSlate, XPad oraz XBook. W ocenie odwołującego 2, już tego typu rozbieżność winna być co najmniej przedmiotem badania zamawiającego, o czym odwołujący 2 poinformował pismem z dnia 2 lipca 2020 roku. Jednakże zamawiający, jak wynika z udostępnionej odwołującemu 2 korespondencji z przystępującym 2 całkowicie pominął wskazane wątpliwości. Dodatkowo, na etapie badania oferty przystępującego 2, zamawiający zażądał dostarczenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany Tablet normy MIL-STD-810G, gdzie w przekazanych zamawiającemu wynikach badań wprost wskazano, iż dotyczą one Tabletu o modelu XSlate.

W ocenie odwołującego 2, oczywistym jest zatem, iż na etapie oceny ofert, zamawiający nie mógł w sposób prawidłowy ocenić, jaki rodzaj tabletu został mu zaoferowany, zaś późniejsze oświadczenia przystępującego 2 należałoby uznać za niedopuszczalną próbę modyfikacji złożonej oferty. Powyższe wprost prowadzi do jednoznacznej konstatacji, iż oferta przystępującego 2 nosiła znamiona oferty wariantowej i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący 2 wskazał, że błąd przystępującego 2 w wypełnieniu formularza ofertowego nie może podlegać sanacji zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., gdyż powodowałby *de facto* zmianę treści oferty.

Odwołujący 2 wskazał, że kolejną przyczyną odrzucenia oferty, pominiętą przez zamawiającego, jest fakt, iż zaoferowane przez przystępującego 2 urządzenie nie jest wyposażone w pożądany przez zamawiającego procesor. Zgodnie z przedstawionym przez przystępującego 2 oświadczeniem z dnia 13 lipca 2020 roku, zaoferował on urządzenia o symbolu iX101L1 (kodowe oznaczenie tabletu Zebra Xplore L10), który jest oznaczeniem serii wzmocnionych tabletów Zebra, nie zaś konkretnego modelu. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronach internetowych producenta, kodowe oznaczenie iX101L1 odnosi się do serii tabletów zaprojektowanych dla platformy procesorów Intel Pentium, zaś zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w OPZ (Procesor - wielordzeniowy, osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 3700 punktów), koniecznym było zaoferowanie tabletu wyposażonego w procesor Intel Core. W przeciwnym wypadku niemożliwe było osiągnięcie wymaganego przez zamawiającego wyniku testów wydajności.

W ocenie odwołującego 2, powyższe stanowi kolejną samodzielną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący 2 podniósł, że dalszym zaniechaniem zamawiającego jest brak odrzucenia oferty przystępującego 2 z uwagi na niezgodność jego oferty z s.i.w.z. w zakresie określonym w pkt. 3.3 OPZ, w którym zamawiający wymagał m.in. fabrycznego zintegrowania czytnika odcisków palców wraz z tabletem, przy zachowaniu określonych w OPZ warunków.

Odwołujący 2 wskazał, że w piśmie z dnia 3 lipca 2020 roku, przystępujący 2 oświadczył, iż celem spełnienia przedmiotowych wymogów zastosuje „autorskie rozwiązanie wykorzystujące śruby oraz gwintowane otwory techniczne". Zamawiający bezkrytycznie przyjął oświadczenie i nie próbował dokonać dalszych wyjaśnień w zakresie spełnienia przez ofertę przedmiotowego parametru, co – w ocenie odwołującego 2 – jest całkowicie niewykonalne, z uwagi na brak fabryczności zintegrowania urządzeń. Zamawiający posiadał w tym zakresie pełną dowolność rozwiania ewentualnych wątpliwości, czy to przez zażądanie złożenia przez przystępującego 2 oświadczenia producenta tabletu, czy też producenta czytnika, na potwierdzenie informacji zawartej w piśmie z dnia 3 lipca 2020 roku.

Wobec powyższego, z uwagi na brak choćby uprawdopodobnienia spełnienia warunku opisanego w pkt. 3.3 OPZ zamawiający winien odrzucić ofertę przystępującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu brak weryfikacji zaoferowanego przystępującego 2 okresu gwarancji na czytniki dokumentów oraz odcisków palców wskazane w ofercie.

Odwołujący 2 wskazał, że z informacji uzyskanych od producenta tych urządzeń jednoznacznie wynika, iż przystępujący 2 otrzymał ofertę na świadczenie gwarancji przez okres 36 miesięcy. W ofercie jednak wskazał gwarancję na 48 miesięcy. Odwołujący 2 poinformował zamawiającego o powziętej informacji, załączając stosowne oświadczenie producenta.

W ocenie odwołującego 2, obowiązkiem zamawiającego było wyjaśnienie powyższych wątpliwości i – w przypadku potwierdzenia informacji uzyskanych od odwołującego 2 – nieprzyznanie punktów w kryterium oceny ofert lub – alternatywnie – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. – wykluczenie przystępującego 2 z postępowania.

Konkludując, odwołujący 2 zażądał nakazania zamawiającemu:

1.powtórzenia czynności odrzucenia oferty przystępującego 2 i wskazania, iż jej podstawą są:

a)fakty wskazane w informacji o wyniku z dnia 5 sierpnia 2020 roku;

b)brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie przez Suntar sp. z o. o. oferty wariantowej;

c)brak spełnienia warunku technicznego w zakresie wydajności procesora;

d)niespełnienie wymagań zamawiającego określonych w pkt. 3.3 OPZ

- oraz przyjęcie, iż podstawą prawną powyższych jest art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.;

2. dokonania ponownego badania oferty przystępującego 2 w zakresie gwarancji oraz – w przypadku potwierdzenia, iż nie dysponował on ofertą obejmującą 48 miesięczną gwarancję producenta:

a.ponowne przeliczenie punktacji - z zastrzeżeniem nieprzyznania punktów w kryterium gwarancji,

alternatywnie:

b.wykluczenie przystępującego 2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości:

W ocenie zamawiającego, odwołujący 2 bezzasadnie zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw odrzucenia oferty przystępującego2, gdyż zamawiający nie stwierdził, wbrew twierdzeniom odwołującego 2, że takie podstawy faktyczne oprócz wymienionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przystępującego 2 występują.

Zamawiający stwierdził, że nie można przychylić się do twierdzeń odwołującego 2, jakoby oferta przystępującego 2 nosiła znamiona oferty wariantowej. W swojej ofercie przystępujący 2 zaoferował tablet Zebra Xplore L1O (zgodnie z wymaganiem zamawiającego w formularzu ofertowym wykonawca miał podać producenta oraz model oferowanego urządzenia). Ofertą wariantową, w myśl art. 2 ust. 7 ustawy P.z.p., jest oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający jednak w tym przypadku zastrzegł w s.i.w.z., iż nie dopuszcza złożenia oferty wariantowej, a złożona przez przystępującego 2 oferta nie zakłada odmiennego niż określony przez zamawiającego sposobu wykonania zamówienia. Z ostrożności procesowej zamawiający wyjaśnił, że oznaczenie Zebra Xplore L1O obejmuje trzy urządzenia: XSLATE, XPAD i XBOOK, a zamawiający przy ocenie ofert zbadał parametry wszystkich tych urządzeń i bez najmniejszych wątpliwości uznał, że urządzenia: XPAD oraz XBOOK nie spełniają wymogów s.i.w.z. ze względu na swoją budowę, a jedynie urządzenie XSLATE spełnia te wymogi. Jednak nie ma to żadnego znaczenia w kontekście zarzutu dotyczącego oferty wariantowej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego podania wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia oferty poprzez zaniechanie podania informacji, że zaoferowane przez przystępującego 2 urządzenie jest wyposażone w procesor niespełniający wymagań OPZ, zamawiający stwierdził, że z tym zarzutem, również nie sposób się zgodzić. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w „Opisie Przedmiotu Zamówienia, w rubryce Atesty i certyfikaty, zamawiający zawarł wymóg: „oferowane urządzenie musi spełniać wymagania normy wytrzymałościowej MILSTD-810G, w zakresie odporności na: wysoką temperaturę, niską temperaturę, zmiany temperatury, zalanie, wilgotność powietrza, pył, wibracje, upadek. (dokumenty potwierdzające spełnienie ww. wymagań należy dołączyć do oferty, dokumenty potwierdzające muszą być wydane na podstawie badań przeprowadzonych wg analogicznej do MIL-STD-81 OG metodyki badawczej). Przedłożone na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ustawy P.z.p. dokumenty przez przystępującego 2 nie potwierdziły, że oferowane urządzenia spełniają wymogi wskazanej powyżej normy lub normy

równoważnej - analogicznej, co było powodem odrzucenia oferty przystępującego 2. Nieuprawnionym jest zatem twierdzenie odwołującego 2, że zamawiający zaniechał podania jako podstawę odrzucenia informacji, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie zaoferowanego „procesora", gdyż zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na brak spełnienia wymogów dotyczących normy wytrzymałościowej, co – ze względu na warunki, w jakich te urządzenia będą pracować – ma znaczenie pierwszoplanowe. Niespełnienie wymogu dotyczącego normy wytrzymałościowej MIL-STD-810G dyskwalifikuje ofertę co do dalszego procesu jej oceny, a za tym nie może być tu mowy o jakimkolwiek zaniechaniu zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez zamawiającego oferty przystępującego 2 z uwagi na niezgodność oferty z s.i.w.z. w zakresie określonym w pkt. 3.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia, zamawiający wskazał, że w dniu 03.07.2020 r. otrzymał odpowiedź przystępującego 2. Udzielone wyjaśnienia nie budziły dalszych wątpliwości zamawiającego, a kwestia integracji tabletu i czytnika linii papilarnych nie może stanowić w świetle złożonych wyjaśnień podstaw do stwierdzenia, że treść oferty jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu braku weryfikacji przez zamawiającego zaoferowanego przez przystępującego 2 okresu gwarancji na czytniki dokumentów oraz czytniki odcisków palców wskazanych w ofercie, zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie przystępujący 2 zaproponował 48-miesięczną gwarancję. Zamawiający stwierdził, że nie ma legitymacji prawnej do badania i ingerowania w relacje i ustalenia wykonawców z producentami. Dodatkowo stwierdził, że gwarancja udzielana jest przez wykonawcę zamówienia a nie producenta poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Producent nie jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący 2 poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący 2 przedstawił w swojej ofercie następującą cenę za przedmiot zamówienia:

Cena za zamówienie podstawowe: 2 036 706,57 zł.

Cena za opcję: 2 036 706,57 zł.

Cena łączna (zamówienie podstawowe + opcja): 4 073 413,14 zł.

W kryterium ceny odwołujący 2 otrzymał 60 pkt.

W kryterium gwarancji za zaoferowany sprzęt odwołujący 2 zaoferował 48 miesięcy gwarancji i otrzymał 40 pkt.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty odwołującego 2.

W tym samym dniu zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty przystępującego 2 (odwołującego 1 w postępowaniu KIO 1993/20). Przyczyny odrzucenia zostały przedstawione wyżej, przy uzasadnieniu odwołania o sygn. akt KIO 1993/20.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne z uwagi na to, że odwołujący 2 nie był uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, iż w sytuacji, gdy oferta odwołującego 2 została wybrana jako najkorzystniejsza, nie ma on interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkoda, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy P.z.p. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Dopóki jednak czynność zamawiającego, choćby nieprawidłowa, nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania (zob. wyrok z 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 442/13).

Podkreślić należy, że w rozpoznawanej sprawie Izba nakazała zamawiającemu m.in. dokonanie ponownej oceny ofert, w tym oferty złożonej przez przystępującego. Ocena ofert i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty będą nowymi czynnościami zamawiającego, na które odwołującemu będą przysługiwać środki ochrony prawnej, o ile spełnią się wszystkie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stwierdzenie, że odwołujący 2 nie posiada legitymacji do podnoszenia zarzutów wobec oferty przystępującego 2 prowadzi do ich oddalenia bez merytorycznego rozpatrzenia. Ich rozpoznanie staje się bowiem zbędne w sytuacji, gdy nawet pozytywna ocena zasadności odwołania nie zmieni sytuacji odwołującego 2 Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……

.