Sygn. akt: KIO 133/22

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Drager Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie z uwagi na złożenie deklaracji zgodności niepotwierdzającej wymagań zamawiającego.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 133/22

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa przenośnych analizatorów do badania obecności alkoholu w wydychanym powietrzu z możliwością skorzystania z prawa opcji" (nr 87/Cut/21/TJ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 123-325427.

I. W dniu 17 stycznia 2022 r. wykonawca Drager Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie (dalej także jako „wykonawca Transcom") oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transcom.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transcom, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Transcom z udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (wskazanych w uzasadnieniu odwołania), że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

3) art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto w treści uzasadnienia odwołania odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transcom z uwagi na złożenie deklaracji zgodności niepotwierdzającej wymagań zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Transcom.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że jak wynika z ogólnie dostępnych informacji, oferowany przez wykonawcę Transcom przenośny analizator do badania zawartości Alco-Sensor IV CM w. 7111 nie spełnia tego wymogu. Zgodnie

z informacją publikowaną na stronie producenta analizator ten pracuje w temperaturze od 10°C

do 40°C (dowód print screen ze strony producenta - załącznik nr 16). Również instrukcja obsługi tego urządzenia dostępna na stronie internetowej wykonawcy Transcom potwierdza, że oferowany analizator Alco-sensor IV pracuje w przedziale temperatur od 0°C do 40°C. Oznacza to, że aby wykonać test temperatura urządzenia musi mieścić się w tym przedziale (załącznik nr 17). Powyższe informacje w sposób jednoznaczny wskazują, że oferowany przez wykonawcę Transcom analizator nie spełnia minimalnych wymagań opisanych przez zamawiającego, a

dotyczących temperatury pracy.

II. Pismem wniesionym w dniu 28 stycznia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (sygn. akt KIO 2838/21) oraz podnosi nowe uzasadnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, po upływie terminu określonego w ustawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że korzysta z urządzeń obydwu wykonawców. W jego ocenie urządzenia te spełniają jego wymagania, jednakże jego zdaniem istota problemu sprowadza się do tego, czy spełnianie tych wymagań przez urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Transcom zostało w sposób wystarczający udowodnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego nie, co też było podstawą złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Transcom International S. Ś., W. F. Spółka Jawna z siedzibą w Paczkowie.

W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 31 stycznia 2021 r. wykonawca Transcom przedstawił stanowisko w sprawie. Wykonawca Transcom wniósł o:

1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście deklaracji zgodności złożonej przez wykonawcę Transcom, jako zarzutu spóźnionego,

2) oddalenie pozostałych zarzutów odwołania jako zarzutów niezasadnych.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wykonawca Transcom wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transcom z uwagi na złożenie deklaracji zgodności niepotwierdzającej wymagań zamawiającego podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. O okolicznościach stanowiących podstawę sformułowania ww. zarzutu odwołujący mógł powziąć wiedzę już na etapie pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (15 września 2021 r.). Ww. zarzut nie został przez odwołującego podniesiony w odwołaniu wniesionym w dniu 27 września 2021 r., zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Podniesienie ww. zarzutu na obecnym etapie postępowania należy zatem uznać za spóźnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji odrzucenia odwołania w zakresie części zarzutów w nim postawionych.

Izba nie znalazła natomiast podstaw do odrzucenia odwołania w pozostałym zakresie. Wprawdzie w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3365/21 zamawiający uwzględnił między innymi zarzut zaniechania wyboru oferty wykonawcy Transcom jako oferty najkorzystniejszej (zarzut nr 5), jednakże w ocenie składu orzekającego Izby oświadczenie zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania należy interpretować całościowo, mając na uwadze wszystkie zarzuty objęte tym oświadczeniem. Mając to na uwadze Izba uznała, że uwzględnienie również zarzutów nr 1 (zaniechanie ponownego badania oferty wykonawcy Transcom) i 2 (zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Transcom), a z drugiej strony nieobjęcie oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów nr 3 (odrzucenie oferty wykonawcy Transcom) i 4 (wykluczenie wykonawcy Transcom z postępowania) wskazywało na zamiar zamawiającego ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, a nie deklarację odnośnie bezwarunkowego

wyboru oferty wykonawcy Transcom jako oferty najkorzystniejszej. Dopiero po ponownej czynności badania i oceny ofert zamawiający miał podjąć decyzję w zakresie oferty wykonawcy Transcom. Ponadto, mając na uwadze to, że zarzuty zawarte w obecnie rozpoznanym odwołaniu zostały przez odwołującego podniesione na etapie pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (15 września 2021 r.), a wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2838/21 Izba uwzględniła odwołanie odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, odwołującemu przysługiwało prawo ponownego podniesienia ww. zarzutów na etapie kolejnej czynności wyboru oferty wykonawcy Transcom jako oferty najkorzystniejszej. Należy również zwrócić uwagę, że wydając ww. orzeczenie Izba nie rozstrzygnęła ostatecznie kwestii wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy Transcom. Z powyższych względów Izba uznała, że w odniesieniu do ww. zarzutów w niniejszej sprawie nie zachodzi podstawa do ich odrzucenia, o której mowa art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa przenośnych analizatorów do badania obecności alkoholu w wydychanym powietrzu z możliwością skorzystania z prawa opcji. W Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający przewidział między innymi następujące postanowienia:

- w pkt 4.1.12) Specyfikacji Technicznej (OPZ) zamawiający przewidział m.in. następujące wymaganie techniczno-użytkowe: „Temperatura otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min +40°C";

- zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 do formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli potwierdzić spełnianie wymagania: „Temperatura pracy analizatora od min -5°C do min +40°C".

Wykonawca Transcom zaoferował urządzenie Alco-Sensor IV CM w. 7111 z drukarką termiczną Martel. W złożonym w ramach oferty formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do formularza ofertowego wykonawca Transcom potwierdził spełnianie ww. wymagania dotyczącego temperatury pracy analizatora.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Transcom, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty, w zakresie spełniania przez zaoferowany produkt wymogów określonych w Załączniku nr 1 do SWZ (OPZ). W wezwaniu zamawiający przywołał treść ww. postanowienia Specyfikacji Technicznej (OPZ), a następnie stwierdził, że „w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego wykonawca Transcom potwierdził spełnianie wymagania „Temperatura pracy analizatora od min -5°C do min +40°C" przez zaoferowany produkt „Alco-Sensor IV CM w. 7111 z drukarką termiczną Martel produkcji Intoximeters, USA", przekazując jednocześnie opracowaną „Specyfikację techniczną urządzenia Alco-Sensor IV CM w. 7111 z drukarką termiczną Martel", gdzie wyszczególniono zapis: „Temperatura pracy: od -5°C do 40°C".". Ponadto zamawiający odwołał się do informacji zawartych na stronie internetowej producenta (informacja, że analizator ten pracuje w temperaturze od 10°C do 40°C) oraz treści Instrukcji obsługi urządzenia zamieszczonej na stronie internetowej wykonawcy („Warunki pracy: Temperatura Pracy: od 0°C do 40°C").

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Transcom udzielił pismem z dnia 11 sierpnia 2021 r. (omyłkowo wskazano datę 11 lipca 2021 r.). Wykonawca Transcom udzielił następujących wyjaśnień:

„Zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień związanym z nasza ofertą informujemy, że zgodnie w wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi określonymi przez Zamawiającego w Rozdziale IV OPZ, ust.4.,1 pkt 12 zaoferowane przez nas urządzenie Alco-Sensor IV CM v. 7111 spełnia określone warunki pracy z wymaganym zakresie temperatury otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min +40°C.

Przytoczone informacje zarówno z naszych stron internetowych jak również stron producenta urządzeń, określają jak zauważył słusznie Zamawiający, temperaturę pracy urządzenia a nie temperaturę otoczenia pracy urządzenia. Oznacza to, że zaoferowane urządzenie będzie działać prawidłowo w temperaturach otoczenia urządzenia zarówno w zakresie - 5°C, +40°C, jak i poza nim.

Należy podkreślić, że jeśli przyrząd jest włączony to tzw. warunki środowiskowe, a w szczególności temperatura otoczenia nie wpływa na przebieg pracy przyrządu i uzyskiwane wyniki pomiarów."

W dniu 15 września 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Transcom jako oferty najkorzystniejszej.

Na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę Drager Polska Sp. z o.o. Izba wyrokiem z dnia 18 października 2021 r. nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W dniu 4 listopada 2021 r. zamawiającym zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy Transcom.

Od ww. czynności wykonawca Transcom odwołał się do Izby. Postanowieniem z dnia 2 grudnia 2021 r. (KIO 3365/21), wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego oraz częściowego wycofania zarzutów przez odwołującego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (o czym była już nowa w niniejszym uzasadnieniu).

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie udowodnił, że zaoferowany przez wykonawcę analizator (Alco-Sensor IV CM. W 7111) nie spełnia wymagania zamawiającego w zakresie temperatury pracy analizatora (-5 °C do +40 °C). Odwołujący nie przedstawił dowodów jednoznacznie potwierdzających ww. okoliczność. Za takie dowody nie można uznać:

1. decyzji Prezesa Głównego Urzędu Miar z dnia 11 czerwca 2007 r. - gdyż na mocy przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27 grudnia 2007 r. w sprawie rodzajów przyrządów pomiarowych podlegających prawnej kontroli metrologicznej oraz zakresu tej kontroli (Dz.U. z 2014 r. poz. 106) analizatory wydechu obecnie nie podlegają prawnej kontroli metrologicznej. Niezależne od tego należy zauważyć, że w treści ww. decyzji wskazano okres jej ważności: do dnia 11 czerwca 2007 r. Biorąc pod uwagę znaczący upływ czasu od wydania ww. decyzji, dowód ten nie mógł zostać uznany za mający istotne znaczenie dla niniejszej sprawy.

2. wyników testów przeprowadzonych przez odwołującego - gdyż testy nie zostały przeprowadzone przez niezależne laboratorium, nie można mieć pewności co do tego, w jakich warunkach atmosferycznych zostały one przeprowadzone, nie jest możliwe ustalenie, na jakim dokładnie urządzeniu zostały przeprowadzone (który wariant urządzenia, czy urządzenie nie było uszkodzone). Ponadto szczegółowe odniesienie się do tego dowodu nie jest możliwe, gdyż nie został on bliżej omówiony przez odwołującego.

3. informacji dostępnych na stronie internetowej producenta - gdyż zgodnie z powszechną wiedzą tego rodzaju informacje mają charakter handlowy i nie stanowią pełnego źródła informacji o produktach. Ponadto, jak wynika z tych informacji dotyczą one jedynie większości urządzeń Alco-Sensor IV, co po pierwsze, oznacza nieprzydatność tego dowodu dla niniejszej sprawy, a po drugie, posłużono się terminem „temperatura robocza badania" i nie zostało przez odwołującego wyjaśnione w jaki sposób ten termin należy rozumieć.

4. Instrukcji obsługi urządzenia - gdyż dokument pochodzi z 2005 r. Pełnomocnik wykonawcy Transcom oświadczył, że dokument ten jest już aktualny. Biorąc pod uwagę znaczący upływ czasu od sporządzenia ww. dokumentu, dowód ten nie mógł zostać uznany za mający istotne znaczenia dla niniejszej sprawy.

Dodatkowo należy zauważyć, że wykonawca Transcom przedstawił w toku postępowania odwoławczego oświadczenie złożone w imieniu producenta, z którego wynika, że zamierza on dostarczyć urządzenie działające w zakresie temperatur -5 °C do +40 °C. W ocenie składu orzekającego interpretacji ww. oświadczenia należy dokonywać przy uwzględnieniu całej jego treści, a nie w sposób wybiórczy, jak czynił to na rozprawie odwołujący. Z treści tego oświadczenia, pomimo pewnej nieprecyzyjności językowej (zauważalnej przez przedstawicieli zawodów prawniczych), wynika, że podany tam m.in. zakres temperatury pracy oprogramowania sprzętowego (firmware) [-5 °C do +40 °C] dotyczy modelu urządzenia w wersji zaoferowanej przez wykonawcę Transcom i taki też producent zamierza dostarczyć na potrzeby realizacji zamówienia.

Odnosząc się natomiast do pozostałych dowodów przedstawionych przez wykonawcę Transcom (protokół z badania analizatora wraz z materiałem wideo) należy stwierdzić, że ocena tego materiału dowodowego wymaga posiadania wiadomości specjalnych. Natomiast żadna ze stron nie wnioskowała o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Powyższą uwagę należy również odnieść do wyników testów przedstawionych przez odwołującego, choć w tym przypadku kluczowe znaczenie ma argumentacja przedstawiona powyżej. W związku

z powyższym Izba uznała, że ww. dowody nie mogą mieć istotne znaczenia dla niniejszej sprawy.

Odnosząc się natomiast do kwestii wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Transcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy wskazać, ze ich treść nie stanowi potwierdzenia niespełniania przez zaoferowane prze tego wykonawcę urządzenie wymogu w zakresie temperatury pracy urządzenia. Wyjaśnienia te nie potwierdzają również okoliczności spełniania tego wymogu, gdyż odnoszą się do parametru temperatury pracy otoczenia. Niemniej jednak, z uwagi na niejednoznaczność postanowień SWZ w tym zakresie, obciążanie wykonawcy Transcom negatywnymi skutkami w postaci odrzucenia złożonej przez niego oferty nie byłoby w tym przypadku zasadne. Sam zamawiający w treści wystosowanego do wykonawcy Transcom wezwania powołał się m.in. na ww. postanowienie OPZ dotyczące temperatury pracy otoczenia. Co więcej, na wstępie wezwania jako zakres wyjaśnień zamawiający wskazał, że wzywa wykonawcę Transcom, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień do treści złożonej oferty, w zakresie spełniania przez zaoferowany produkt wymogów określonych w Załączniku nr 1 do SWZ (OPZ). Natomiast w OPZ, jak wskazano powyżej, zostało sformułowane wymaganie techniczno-użytkowe: „Temperatura otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min +40°C.

Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, że zaoferowany przez wykonawcę Transcom analizator nie spełnia wymagania zamawiającego w zakresie temperatury pracy analizatora.

Ponadto zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie Izby zapisy SWZ (dawniej SIWZ) muszą być jasne i jednoznaczne, a jakiekolwiek wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia jej zapisów nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy (tak np. w wyroku Izby w sprawie KIO 3364/20). W ocenie Izby taka jednoznaczność SWZ wystąpiła, wobec określenia dwóch rożnych wymagań, tj. w pkt 4.1.12) Specyfikacji Technicznej (OPZ) wymagania „Temperatura otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min +40°C”, natomiast we wzorze załącznika nr 1 do formularza ofertowego wymagania: „Temperatura pracy analizatora od min -5°C do min +40°C”.

W związku z powyższym Izba za nieuzasadniony uznała zarówno zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transcom, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, jak i zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Transcom z udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (wskazanych w uzasadnieniu odwołania), że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Powyższe prowadziło do uznania, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zd. pierwsze oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

1