Sygn. akt: KIO 1603/22

WYROK

z dnia 7 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 lipca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawcy ALVO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Śmiglu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie w zadaniu nr 3 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym zadaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr

4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie na rzecz wykonawcy PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 1603/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), na „Dostawę sprzętu medycznego - 4 zadania," nr referencyjny FDZ.242 - 44/22. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 maja 2022 r., za numerem 2022/BZP 00150641/01.

W dniu 15 czerwca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) wyboru oferty ALVO sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Śmiglu - dalej Przystępujący, jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3,

2) odrzuceniu oferty Odwołującego PROMED S.A. w zadaniu nr 3,

względnie z ostrożności:

3) zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka

dowodowego w zadaniu nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu nr 3, podczas gdy nie ziściły się przesłanki do zastosowania przedmiotowego przepisu, a treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

2. art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie

zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

z ostrożności Odwołujący zarzucił także naruszenie:

3. art. 107 ust. 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania

Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu nr 3, podczas gdy złożony przez Odwołującego przedmiotowy środek dowodowy podlegał uzupełnieniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty ALVO jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 3,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zdaniu nr 3,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 3,
względnie

4) nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w zadaniu nr 3.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że przedmiotem postępowania w zadaniu nr 3 jest dostawa lampy zabiegowej. Szczegółowe zestawienie parametrów technicznych zawiera załącznik nr 1.3 do SWZ. Zamawiający w punkcie 1. Tabeli parametrów technicznych żądał zaoferowania „Lampy mobilnej z akumulatorem". W rozdziale 5 lit. A) ust. 1 pkt 6 ppkt 6.1) SWZ Zamawiający na potwierdzenie, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wymagał wraz z ofertą: „charakterystykę techniczną i użytkową, parametry techniczne głównego asortymentu objętego dostawą (z wyłączeniem wyposażenia dodatkowego) i określonego w Załączniku nr 1.1 część A poz. 1 oraz Załączniku 1.2-1.4, np. w formie prospektów, katalogów, ulotek - nie zawierające informacji sprzecznych niż podane w SWZ ***)." Zamawiający przewidział przy tym procedurę uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych: „**) Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 6.1) i w pkt. 6.2) i / lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (wezwanie będzie wyłącznie w zakresie dotyczącym parametrów obligatoryjnych)." W zadaniu 3 oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz ALVO. Odwołujący wraz ze swoją ofertą złożył kartę danych technicznych sporządzoną w języku polskim, w której wskazano: „Czas pracy opcjonalnej baterii 10 godzin". W związku z powyższym, w dniu 27 maja 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści oferty, zadając Odwołującemu pytanie: „czy pobór mocy w zaoferowanym urządzeniu odbywa się za pomocą akumulatora, który może być wielokrotnie ładowany i używany, czy za pomocą baterii, które po wyczerpaniu wymagają wymiany (karta danych technicznych podaje czas pracy baterii 10 godzin)?" W dniu 30 maja 2022 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, iż pobór mocy odbywa się za pomocą akumulatora, który może być wielokrotnie ładowany i używany, a informacja w karcie danych technicznych o zastosowaniu słowa „bateria" jest wynikiem tłumaczenia słowa „battery" z języka angielskiego na język polski. W dniu 10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 oferty ALVO. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nadmienił, że wymagał zaoferowania lampy mobilnej z akumulatorem. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca potwierdził wymagany parametr, lecz ta funkcjonalność nie wynika z karty danych technicznych (wskazuje ona, iż pobór mocy odbywa się za pomocą baterii, której czas pracy wynosi 10 godzin). Zamawiający podał, że Wykonawca co prawda wyjaśnił, iż lampa spełnia wymagane warunki a jedynie z powodu błędu w tłumaczeniu nie zostało to odpowiednio przedstawione, ale na tym etapie postępowania błędny przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu. W związku z powyższym, Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podniósł, iż nie ziściły się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, ponieważ treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, o czym świadczy już tylko uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty zaprezentowane przez Zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że Odwołujący spełnił parametr, wynikający z punktu 1 Tabeli parametrów Załącznika nr 1.3. do SWZ tj. dotyczący zaoferowania „Lampy mobilnej z akumulatorem", na co wskazują wyraźne stwierdzenia Zamawiającego: „Wykonawca potwierdził wymagany parametr (...)", czy też: „Wykonawca co prawda wyjaśnił, iż lampa spełnia wymagane warunki (...)". Jedynym zastrzeżeniem Zamawiającego było to, iż okoliczność ta nie wynika (w ocenie Zamawiającego) z treści przedstawionych przedmiotowych środków dowodowych (w treści karty danych technicznych użyto słowa bateria zamiast akumulator, co zdaniem Zamawiającego było błędnym tłumaczeniem). Z tego faktu Zamawiający wywiódł, że Odwołujący złożył błędny przedmiotowy środek dowodowy, a tym samym nie podlega on uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp.

W świetle tak przedstawionego uzasadnienia faktycznego, bezwzględnie należy dojść do przekonania w ocenie Odwołującego, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji (zawartość merytoryczna oferty). Poprzez niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia rozumie się w literaturze materialną niezgodność zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania którego oczekuje zmawiający i które opisał w dokumentach zamówienia (tak M. Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod. red. M. Jaworska, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 638). Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie w ocenie Odwołującego, ponieważ

treść oferty Odwołującego jest zgodna wymogami Zamawiającego, a zaoferowana lampa spełnia parametr opisany w Lp. 1 Załącznika nr 1.3 do SWZ dla zadania 3. Co najwyżej kwestia niemożliwości uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego mogłaby być hipotetycznie rozpatrywana pod kątem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp, lecz w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zastosował tego przepisu (choć z przyczyn wskazanych w dalszej części niniejszego odwołania takie odrzucenie również byłoby wadliwe). Już tylko z tego względu tj. zastosowania niewłaściwej podstawy prawnej odrzucenia, niniejsze odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Odwołujący podniósł także, iż stan faktyczny niniejszej sprawy nie pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący złożył błędny przedmiotowy środek dowodowy, który nie podlega uzupełnieniu. Karta techniczna w języku polskim jest dokumentem sporządzanym na podstawie karty, której pierwotna treść jest w języku angielskim. W dokumencie angielskim przy opisie ww. parametru widnieje słowo: „battery". Na tę okoliczność Odwołujący załączył do odwołania wersję angielską rzeczonego dokumentu, którą można porównać z wersję polską dostępną w aktach sprawy. Przetłumaczenie w wersji polskiej karty technicznej słowa „battery" na „bateria" zamiast „akumulator" nie powinno być kwalifikowane jako błąd, w szczególności jeżeli słowo „battery" w najpopularniejszych słownikach języka angielskiego (w tym wydawanym przez Cambridge) jest powszechnie tłumaczone zarówno jako „bateria" jak i „akumulator" (Tak między innymi słownik języka angielskiego Cambridge Dictionary:
, czy też
.

Na marginesie Odwołujący zauważył, iż dopiero w treści wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający dokonuje rozróżnienia pomiędzy baterią a akumulatorem, definiując baterię jako element, który po wyczerpaniu wymaga wymiany, podczas gdy akumulator może być wielokrotnie ładowany i używany. W treści SWZ dotyczącej zadania 3 na próżno poszukiwać takich różnicowań. Zamawiający w pkt 1 tabeli parametrów technicznych dla zadania 3 wymagał jedynie: „Lampy mobilnej z akumulatorem", nie wyjaśniając przy tym co rozumie pod pojęciem akumulatora. Niemniej jednak taka okoliczność na pewno, w ocenie Odwołującego, nie może prowadzić do wniosków, że alternatywne tłumaczenie słowa „battery" jest błędne, a zatem, że złożono błędny przedmiotowy środek dowodowy. Dodać przy tym trzeba, że Zamawiający w rozdziale 5 lit. A) ust. 1 pkt 6 ppkt 6.1) SWZ zastrzegł jedynie, że przedmiotowe środki dowodowe „mają nie zawierać informacji sprzecznych niż podane w SWZ". Informacji odnoszącej się do baterii nie można w świetle powyższego kwalifikować jako informacji sprzecznej z SWZ.

Względnie Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp, gdyż opisana powyżej sytuacja mogłaby być poczytana co najwyżej za złożenie niekompletnego, a nie błędnego przedmiotowego środka dowodowego. Sprzecznym z ratio legis przepisu art. 107 ust. 2 ustawy pzp byłoby stwierdzenie, że tego rodzaju niuanse nie mogą stanowić podstawy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp.

Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty zarówno na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, jak i w niniejszej sprawie nie ziściły się przesłanki do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp (gdyby uznać, iż owe odrzucenie nastąpiło faktycznie na podstawie tego ostatniego przepisu, czemu Odwołujący wyraźnie zaprzeczył).

Odwołujący podniósł, że pośrednio Zamawiający naruszył również przepis art. 16 pkt 1 ustawy pzp, gdyż w świetle opisanych powyżej uchybień dojść trzeba do konstatacji, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 27 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że podtrzymuje stanowisko przedstawione w wyniku postępowania z dnia 10 czerwca 2022 r., iż oferta złożona przez wykonawcę Promed S.A. podlega odrzuceniu. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie

zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca ALVO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Śmiglu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód: karta danych technicznych w j. angielskim), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (tłumaczenie z języka angielskiego przez tłumacza przysięgłego, danych technicznych ulotki oferowanej lampy co do określenia „baterii", wyciąg z podręcznika operatora dla oferowanej lampy na okoliczność że posiada ona akumulator).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem V SWZ: A) DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA SKŁADANE DO UPŁYWU TERMINU SKŁADANIA OFERT: „I. Wykonawcy muszą do oferty dołączyć i przesłać na Platformę Zakupową Zamawiającego znajdującą się pod adresem

następujące oświadczenia i dokumenty: (...) 6)

Przedmiotowe środki dowodowe tj. 6.1) w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego charakterystykę techniczną i użytkową, parametry techniczne głównego asortymentu objętego dostawą (z wyłączeniem wyposażenia dodatkowego) i określonego w Załączniku nr 1.1 część A poz. 1 oraz Załączniku 1.2—1.4, np. w formie prospektów, katalogów, ulotek — nie zawierające informacji sprzecznych niż podane w SWZ ***) 6.2) wypełnioną tabelę parametrów technicznych (wg Załącznika nr 1.1-1.4 do SWZ)***), (.) **) Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 6.1) i w pkt. 6.2) i / lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (wezwanie będzie wyłącznie w zakresie dotyczącym parametrów obligatoryjnych)."

Zgodnie z załącznikiem nr 1.3: specyfikacja przedmiotowa: Lampa zabiegowa Zamawiający wymagał m.in. parametru: „Lampa mobilna z akumulatorem".

W złożonej ofercie Odwołujący potwierdził wymagany wyżej parametr: „Tak. Lampa mobilna z akumulatorem." Do oferty Odwołujący załączył kartę techniczną oferowanej lampy: „Seria HyLED 200 Diagnostyczna i zabiegowa lampa LED", w której wskazano: „Czas pracy opcjonalnej baterii: 10 godz." / „Nawet 10 godzin pracy na opcjonalnej baterii w warunkach maksymalnego natężenia oświetlenia."

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia: „Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp, proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zadaniu nr 3 (Lampa zabiegowa) poz. 1, tj. czy pobór mocy odbywa się za pomocą akumulatora, który może być wielokrotnie ładowany i używany, czy za pomocą baterii, które po wyczerpaniu wymagają wymiany (karta danych technicznych podaje czas pracy baterii 10 godzin)?"

Pismem z dnia 30 maja 2022 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 27.05.2022 r. wyjaśniamy, że w urządzeniu zaoferowanym w zadaniu nr 3 (Lampa

zabiegowa) poz. 1 pobór mocy odbywa się za pomocą akumulatora, który może być wielokrotnie ładowany i używany. Informacja zawarta w karcie danych technicznych o zastosowaniu baterii wynika z niewłaściwego tłumaczenia z języka angielskiego."

Pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zadaniu nr 3 wskazując: „Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp - Zamawiający odrzucił ofertę firmy PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa w zakresie zadania nr 3, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał zaoferowania lampy mobilnej z akumulatorem. Wykonawca potwierdził wymagany parametr, lecz ta funkcjonalność nie wynika z karty danych technicznych (wskazuje ona, iż pobór mocy odbywa się za pomocą baterii, której czas pracy wynosi 10 godzin). Wykonawca co prawda wyjaśnił, iż lampa spełnia wymagane warunki a jedynie z powodu błędu w tłumaczeniu nie zostało to odpowiednio przedstawione, ale na tym etapie postępowania błędny przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu. W związku z powyższym oferta w/w Wykonawcy podlega odrzuceniu wg przesłanki wskazanej powyżej."

Dowody Odwołujący:

1. karta danych technicznych w j. angielskim: „Optional battery supply duration: 10 hours" / „Up to 10 hours battery(optional) duration at maximum intensity".

2. tłumaczenie z języka angielskiego przez tłumacza przysięgłego, danych technicznych ulotki oferowanej lampy co do określenia „baterii": tłumaczenie przysięgłe: „Optional battery supply duration: 10 hours" / „Czas pracy opcjonalnej baterii: 10 godz.". Uwagi tłumacza: „jest to jedno z prawidłowych tłumaczeń. Ten sam fragment można również przełożyć jako „czas

zasilania z ...". Odpowiednikami angielskiego terminu „battery" są polskie terminy „bateria" i „akumulator". O ile tekst nie precyzuje jednoznacznie, to oba te terminy są dzisiaj bardzo często stosowane wymiennie."

3. wyciąg z podręcznika operatora dla oferowanej lampy na okoliczność że posiada ona

akumulator: „2.2.5.2 Moduł akumulatora lampy HyLED 200M"- zdjęcie oraz opis.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć: „środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia."

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Artykuł 107 ustawy pzp stanowi: „1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 3, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że oferta Odwołującego nie wykazuje takiej niezgodności, w konsekwencji czego została niezasadnie odrzucona.

Na wstępnie podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający

odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia." Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Podkreślić należy, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślić należy, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez Odwołującego w postępowaniu.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wywodził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia z niewykazania w karcie technicznej oferowanej lampy, że jest to lampa z akumulatorem. Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazał bowiem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Dopiero na posiedzeniu Zamawiający przyznał, że dodatkową podstawą prawną w okolicznościach faktycznych wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty powinien być art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp. Izba zauważa, że Zamawiający ani w decyzji o odrzuceniu oferty ani na rozprawie nie oświadczył jednoznacznie, że oferowana lampa jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jedynie że niezgodność tą wyprowadza z niewykazania funkcjonalności w karcie technicznej. W argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie ale i w uzasadnieniu odrzucenia oferty występuje zatem pewna sprzeczność twierdzeń. Wynika z nich bowiem, że co prawda Zamawiający nie przesądza, że lampa nie posiada wymaganej funkcjonalności, ale nie wynika to jednoznacznie z przedmiotowego środka dowodowego, co powoduje tym samym niezgodność z warunkami zamówienia. Zaznaczyć należy, że odrzucając ofertę za niezgodność z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. pkt 5 ustawy pzp Zamawiający powinien mieć pewność, że niezgodność taka występuje, co w niniejszej sprawie nie zostało przez Zamawiającego stwierdzone. Już z tych powodów decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego należało uznać za nieprawidłową.

Dalej podnieść należy, że w ocenie Izby oferta Odwołującego nie wykazuje niezgodności z warunkami zamówienia co do zaoferowania lampy z akumulatorem. Niezgodności takiej nie można również wyprowadzić z karty technicznej przedstawionej wraz z ofertą, mając na względzie złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia. Izba podziela argumentację Odwołującego, że termin „bateria" użyty w karcie katalogowej należało rozumieć jako „akumulator". Jak wynika z tłumaczenia przysięgłego karty danych technicznych angielskie słowo „battery" można w zależności od kontekstu tłumaczyć jako „bateria" bądź „akumulator", a obecnie wyrażenia te są często stosowanie zamiennie, z którym to twierdzeniem Izba się zgadza. Zauważenia wymaga, że wątpliwości co do rozumienia tego terminu miał również sam Zamawiający, który zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie czy „bateria"

oznacza, że jest to bateria, którą należy wymienić po wyczerpaniu czy jest to akumulator z możliwością ładowania i ponownego użycia. Jeśli Zamawiający nie miałby wątpliwości to wezwanie do wyjaśnień byłoby zbędne. Odwołujący wyjaśnił sposób rozumienia ww. terminu jednak z nieuzasadnionych przyczyn Zamawiający nie wziął wyjaśnień pod uwagę podejmując decyzję o odrzuceniu oferty. Izba zauważa, że również na rozprawie Zamawiający przyznał, iż „bateria" i „akumulator" są powszechnie używane jako synonimy. Niewątpliwie, informacja z karty danych technicznych mogła w tym zakresie zostać wyjaśniona, a w złożonych wyjaśnieniach w sposób jednoznaczny Odwołujący wskazał, jak należy odczytywać sporny parametr. Wyjaśnienia nie zmieniły treści oferty czy też przedmiotu, który Wykonawca zaoferował. Nie zmieniły również informacji w karcie katalogowej. W ofercie Odwołujący oświadczył, że oferuje lampę z akumulatorem, co zostało potwierdzone przedmiotowym środkiem dowodowym - bateria została podana w znaczeniu akumulatora podlegającego ładowaniu, a w tym zakresie Zamawiający powinien oceniając ofertę uwzględnić złożone wyjaśnienia. Jedynie dodatkowo spełnienie wymaganego parametru potwierdza złożony przez Odwołującego dowód: wyciąg z podręcznika operatora dla oferowanej lampy.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego - oferowana lampa jest z akumulatorem, a odrzucenie oferty było niezasadne, dlatego też Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów podniesionych w odwołaniu.

Wskazać również należy, że wobec uwzględnienia zarzutów głównych odwołania zarzuty ewentualne co do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego Izba pozostawiła bez rozpoznania. Tym samym należy uznać, że Izba uwzględniła wniesione odwołanie w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.)

zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat

złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w pełnej wysokości

wynikającej z przedłożonej faktury VAT (4 428,00 zł), gdyż zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia: „Do kosztów postępowania odwoławczego (.) zalicza się: (.) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych."

Przewodniczący:.....