

WYROK

Warszawa, dnia 25.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę A.A., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "AMED" Biuro Techniczno-Handlowe A.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Mazowiecki Szpital Specjalistyczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Informer Med spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt. I.3) *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy INFORMER MED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu danych technicznych lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut nr 3).
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1912/24

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „PZP” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „*Modernizacja Centralnej Sterylizatorni w Mazowieckim Szpitalu Specjalistycznym* Sp. z o.o. w Radomiu (numer sprawy : DZP. 341.23.2024), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.03.2024 r., numer ogłoszenia: 2024/S 047-136194.

Dnia 26 kwietnia 2024 r. wykonawca A.A., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "AMED" Biuro Techniczno-Handlowe A.A. w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania, pomimo tego, że oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”), a Zamawiający nie zastosował czynności przewidzianych ustawą Pzp w zakresie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, gdy złożone środki dowodowe są niekompletne;
- nieprawidłowym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania wykluczenia oraz zaniechania odrzucenia oferty INFORMER MED Sp. z o.o., ul. Winogrody 118, 61-626 Poznań, zwanego dalej również „INFORMER MED” lub „Wykonawca”, pomimo tego, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami SWZ, na podstawie wszystkich

występujących podstaw odnoszących się do oferty ww. wykonawcy i opisanych w uzasadnieniu Odwołania;
–zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
–(względnie) zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia Postępowania, z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty mogą podlegać odrzuceniu w Postępowaniu oraz w związku z tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz następujących przepisów PZP:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz art. 107 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy Zamawiający przewidział wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, gdy złożone środki dowodowe są niekompletne, przy czym nie zastosował się do ustanowionej reguły;
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INFORMER MED, pomimo tego, że zaoferowane przez wykonawcę produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego na podstawie wszystkich występujących w okolicznościach sprawy i opisanych w uzasadnieniu Odwołania;
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 8, pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia INFORMER MED, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu danych technicznych lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu,
- 5) (względnie) art. 255 pkt 2) lub pkt 6) Pzp poprzez zaniechanie dokonania unieważnienia Postępowania, z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty mogą podlegać odrzuceniu w Postępowaniu oraz w związku z tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. dokonanie ponownego zbadania i oceny oferty Odwołującego, w tym wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, gdy złożone środki dowodowe są niekompletne (tak jak Zamawiający przewidział to w dokumentach postępowania), a w konsekwencji uznanie, że ww. oferta jest zgodna z warunkami zamówienia oraz, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wszystkie przedmiotowe środki dowodowe wymagane w SWZ,
3. wykluczenie, odrzucenie oferty INFORMER MED,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. (względnie) unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w sytuacji gdy wszystkie złożone oferty podlegałyby odrzuceniu w Postępowaniu oraz w związku z tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w dokumentacji Postępowania wymaganiami, prawidłowe dokonanie badania i oceny oferty Odwołującego powinno skutkować uznaniem treści ww. oferty za odpowiadającą warunkom zamówienia. Odwołujący jest uczestnikiem Postępowania, więc posiada interes w uzyskaniu zamówienia, przy założeniu konieczności stosowania przez Zamawiającego reguł i zasad, które zostały wyrażone w dokumentach postępowania. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a co najmniej nastąpiło to przedwcześnie, bez zachowania zastosowania procedur, które Zamawiający

określił w SWZ.

Ponadto również w przypadku unieważnienia Postępowania, interes Odwołującego pozostaje uzasadniony ponieważ interes Odwołującego może być rozumiany poprzez możliwość wzięcia udziału w nowym Postępowaniu, które mogłoby zostać wszczęte na skutek unieważnienia obecnego Postępowania.

Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w Postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na treść Rozdziału XI ust. 2 pkt 2 ppkt 10 SWZ zgodnie z którym do oferty należało dołączyć przedmiotowe środki dowodowe:

2. Do oferty należy dołączyć:

(...)

10. Przedmiotowe środki dowodowe:

„a) Aktualne dokumenty potwierdzające, że oferowane wyroby posiadają dopuszczenie do obrotu i do używania zgodnie z ustawą z dnia 7 kwietnia 2022r. o wyrobach medycznych, a w szczególności:

- spełniają tzw. Wymagania zasadnicze, określone w rozporządzeniach, Ministra Zdrowia, uwzględniającym wymagania prawa wspólnotowego, w szczególności w zakresie projektowania, wytwarzania, opakowania i oznakowania tych wyrobów,

- wystawiono dla nich deklarację zgodności,

- oznakowano je znakiem zgodności CE.

Wykonawca musi czytelnie oznakować wymienione dokumenty numerem pozycji danego wyrobu

(np. Część 1 poz. „ 1”).

UWAGA!

Dla wyrobów nie sklasyfikowanych jako wyrób medyczny i zgodnie z dyrektywami europejskimi i ustawą o wyrobach medycznych nie jest objęty deklaracjami zgodności i nie podlega żadnemu wpisowi do rejestru Zamawiający wymaga złożenia stosownego oświadczenia.

b) Katalogi lub opisy techniczne w języku polskim – zawierające parametry techniczne opisu przedmiotu zamówienia określone w załącznikach od nr 1 i 2 do projektowanych postanowień umowy . Wykonawca musi czytelnie oznakować w katalogach oferowane pozycje numerem pozycji danego wyrobu, np. poz. „ 1”.

UWAGA:

Dla wyrobów medycznych (poz.) wymaga się złożenia katalogu lub opisu technicznego potwierdzającego wszystkie wymagane parametry. Zamawiający wymaga złożenia opisu technicznego lub karty technicznej wystawionej przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela.”

Odwołujący podkreślił, że jednocześnie jednak, zgodnie z Rozdziałem XI ust. 9 SWZ Zamawiający przewidział, że: „Jeżeli Wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.”

W ocenie Odwołującego, w związku z tym, że przedmiotowe środki dowodowe służyły jednocześnie ocenie punktowej w kryterium „Parametry techniczne” oraz ocenie zgodności oferty z wymaganiami SWZ - co jednocześnie wynika z powyższych zacytowanych punktów - jeśli wykonawca chciał uzyskać takie dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert, był zobowiązany do złożenia i potwierdzenia parametrów technicznych na etapie oferty. Zamawiający jednocześnie - poprzez reguły ustalone w Rozdziale XI ust. 9 SWZ - dopuścił i uregulował sytuację, w które wykonawca nie składa takich przedmiotowych środków dowodowych w celu przyznania dodatkowej punktacji, ale jedynie w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami określonymi w przedmiocie zamówienia. W tym drugim przypadku Zamawiający jednoznacznie przewidział, że „Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”.

W zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący nie złożył przedmiotowych środków dowodowych dla celów otrzymania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny „Parametry techniczne”, tym samym względem Odwołującego powinna mieć zastosowanie procedura wezwania tych dokumentów do „złożenia lub uzupełnienia”.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający względem Odwołującego zastosował ww. procedurę jedynie w części (w niepełny przewidziany w SWZ sposób). Zgodnie z treścią wezwania z dnia 18.04.2024 r. na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych (Załącznik nr 2 do

odwołania). Jednocześnie na końcu pisma wskazał:

„Uwaga: Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia ww wymienionych przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami określonymi w przedmiocie zamówienia. Zgodnie z art. 107 ust. 3 złożone przedmiotowe środki dowodowe nie będą służyły potwierdzeniu zgodności z cechami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.”

Powyższe zdaniem Odwołującego w jednoznaczny sposób potwierdza, że wykonawcy według swojego wyboru mogli zdecydować się na złożenie ww. przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, jeśli zamierzali poddać ofertę dodatkowej punktacji lub mogli zdecydować się na nieskładanie tych dokumentów, wówczas obowiązywała strony procedura opisana przez Zamawiającego w cytowanym Rozdziale XI ust. 9 SWZ tj. procedura złożenia dokumentów oraz uzupełnienia tych dokumentów w sytuacji gdy złożone dokumenty okazały się niekompletne.

Zamawiający pomimo tak określonej procedury (na co zezwala mu dyspozycja art. 107 ust. 2 Pzp: *„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.”*) zaniechał po wystosowanym do Odwołującego wezwaniu do złożenia dokumentów, zaniechał wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w przypadku gdy okazały się niekompletne.

Niekompletność złożonych przez Odwołującego dokumentów jest bezsporna pomiędzy stronami, czego dowodem jest między innymi treść Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawarto w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – pismo z dnia 21.05.2024 r. Zamawiający w treści ww. informacji nie wskazał na błędy lub niezgodność oferowanego produktu przez Odwołującego, powołał się jedynie na niekompletność/brak wymaganej dokumentacji potwierdzającej wymogi. W konsekwencji, Zamawiający zaniechał zastosowania reguł i wymogów jednoznacznie ustalonych w dokumentacji postępowania. Tym samym, odrzucenie oferty Odwołującego stało się przedwczesne, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych w sposób niekompletny.

Na marginesie Odwołujący pragnie zaznaczyć, że procedura złożenia a następnie jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów jest niekwestionowaną i fundamentalną zasadą w Pzp. Odstępstwo przez Zamawiającego od jej stosowania, stanowi rażące naruszenie obowiązujących przepisów prawa, które miało wpływ na wynik prowadzonego Postępowania.

W zakresie zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty INFORMER MED, pomimo tego, że zaoferowane przez wykonawcę produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego, Odwołujący na wstępie wyjaśnił, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dokonując analizy wskazanego przepisu przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 Pzp, należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia oraz wymagań proceduralnych.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego zaistniały przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy, co szczegółowo zostało wyjaśnione poniżej.

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1 do umowy – opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał w poz. 43, dostarczenia luminometru, który w ramach swojej funkcjonalności będzie zasilany bateryjnie 2 x AA. Firma Informer MED zaoferowała w złożonej ofercie urządzenie dokonujące pomiaru bioluminiscencji ATP – EnSURE® Touch firmy Hygiene Dianostics GmbH / Niemcy i składając oświadczenie woli w postaci wypełnionego załącznika nr 1 jednoznacznie potwierdziła, że zaoferowane przez nią urządzenie posiada zasilanie bateryjne 2 x AA.

Odwołujący pismem z dnia 17.04.2024 roku zwrócił Zamawiającemu uwagę, że zaoferowane urządzenie posiada zasilanie poprzez wbudowany niewymienny akumulator litowo-jonowy oraz nie spełnia opisu i wymagań technicznych Zamawiającego, gdyż zgodnie ze specyfikacją producenta nie posiada zasilania baterijnego 2 x AA. W dniu 24 kwietnia 2024 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp i w dniu 29 kwietnia 2024 roku Wykonawca potwierdził, że *zaoferowane urządzenie jest rozwiązaniem nowocześniejszym niż luminometr wyposażony jest w najnowocześniejsze wbudowane zasilanie akumulatorowe litowo-jonowe z funkcją zasilania/ladowania z power banku baterijnego 2xAA poprzez standardowe złącze USB-C itp. Zasilanie z wbudowanego akumulatora litowo-*

jonowego jest rozwiązaniem najnowocześniejszym jednocześnie redukującym koszty eksploatacji. Ładowanie wbudowanego akumulatora następuje z różnych źródeł poprzez standardowe złącze USB-C. Jednocześnie zaoferowane urządzenie wyposażone jest w power bank bateryjny 2xAA służący do zasilania/ładowania urządzenia poprzez standardowe złącze USB-C.

Dodatkowo Wykonawca już po złożeniu oferty twierdzi, że zgodnie z rozdziałem II pkt. 14 i 15 Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych rozumianych jako, cyt.: „Przez słowo równoważny Zamawiający rozumie produkt o parametrach nie gorszych od opisanych w przedmiotowej SWZ, tj. o parametrach takich samych lub lepszych w stosunku do podanych w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), a do oceny ich równoważności będzie brał pod uwagę wyłącznie te parametry, które podane są w OPZ.” Zaoferowane urządzenie spełnia wszystkie wymagania zawarte w OPZ poprzez jednoczesne zastosowanie wymaganego zasilania bateryjnego 2xAA oraz akumulatora litowo-jonowego.

Tym samym firma Informer Med składając wyjaśnienia zmienia treść wcześniej złożonej oferty.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów

lub oświadczeń. Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości

lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne,

tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego.

Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że Zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale Wykonawcy. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla Wykonawców konsekwencji, dlatego Zamawiający przy ich ocenie powinien wykazać się należytą starannością.

W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym

a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty

z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty

i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Odwołujący powołując się na fragment pisma Wykonawcy Informer Med z dnia 29 kwietnia 2024 roku do Zamawiającego, w którym to Wykonawca Informer Med odnosi się do oferty złożonej przez Odwołującego, a z treści którego

w ocenie Odwołującego wynika, że zaoferowane przez Wykonawcę Informer Med produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego i oferta firmy Informer Med podlega odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto, zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 2 do umowy – opis przedmiotu zamówienia parametry techniczne / oceniane, poz. 6, Zgrzewarka rotacyjna – 5 szt., pkt. 24, Zamawiający wymagał urządzenia o wymiarach zewnętrznych – 550 x 250 x 150 cm (DxSxW) (+/- 10 mm). Firma Informer MED w załączonym do swojej oferty Załączniku nr 2 do umowy – opis przedmiotu zamówienia parametry techniczne / oceniane poz. 6, potwierdziła spełnienie wymagań Zamawiającego i zaoferowała zgrzewarkę rotacyjną – 5 szt., typ NanoPak hm 950 DC-V, model NanoPak hm 950 DC-V, producent Hawo GmbH, o wymiarach zewnętrznych 560 x 260 x 145 cm (DxSxW), potwierdzając je w załączonej do oferty nieautoryzowanej przez producenta karcie katalogowej.

W dniu 11.04.2024 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytania wykonawców – korespondencja 9, lp. 1,

„**UWAGA:** Zamawiający wyjaśnia, że opisał w Załączniku nr 2 do umowy wymagania jakie muszą spełnić zaoferowane urządzenia aby oferta spełniała wymogi OPZ i nie podlegała odrzuceniu. Dlatego Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zaoferował urządzenia, które odpowiadają wymaganiom co do ich wartości minimalnych, maksymalnych, przedziałów i opisów szczegółowo określonych w poszczególnych pozycjach.

Urządzenia o parametrach nieodpowiadających wartością i opisom zawartym w poszczególnych pozycjach (większe, mniejsze lub podobne) będą uznane za nieprawidłowe i oferta podlegać będzie odrzuceniu.”

Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego i tolerancję wymiarową już na tym etapie podane wymiary przez Wykonawcę nie spełniają wymagań Zamawiającego, gdyż zgrzewarka nie powinna przekraczać wymiarów 551 x 251 x 149 cm.

Odwołujący pismem z dnia 17.04.2024 roku zwrócił Zamawiającemu uwagę, że prawidłowe wymiary zaoferowanego przez Wykonawcę urządzenia zgodnie z danymi producenta to 565 x 260 x 145 mm i załączył oficjalne stanowisko producenta urządzenia firmy Hawo potwierdzające te dane.

W dniu 24 kwietnia 2024 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp i w dniu 29 kwietnia 2024 roku Wykonawca po raz kolejny potwierdził, że podał rzeczywiste wymiary urządzenia skonfigurowanego zgodnie z wymaganiami postępowania przetargowego o wymiarach 560 x 260 x 145 cm.

W złożonych wyjaśnieniach przedstawił również własne pomiary urządzenia miarą zwijaną mające na celu potwierdzenie oferowanych przez Wykonawcę wymiarów. Oczywiście przedstawione zdjęcia wyraźnie potwierdzają brak spełnienia wymagań Zamawiającego. Jednocześnie firma Informer Med stwierdza, że *podane przez nią wymiarowanie oraz w szczegółowych specyfikacjach technicznych producenta każdorazowo spełnia wymagania wymiarowe OPZ Zamawiającego.*

W zakresie zarzutu ewentualnego, odnoszącego się do zaniechania dokonania unieważnienia Postępowania, z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu w Postępowaniu oraz w związku z tym, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazał, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów względem oferty INFORMER MED

oraz w przypadku odrzucenia oferty Odwołującego (po wcześniejszym przeprowadzeniu procedury wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych), zaistnieje przesłanka konieczności unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższego, odrębna podstawa unieważnienia Postępowania zachodzi w związku z tym, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – Zamawiający w Rozdziale XIV pkt 1 SWZ, wskazując i opisując kryteria oceny ofert jakimi będzie kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, w kryterium „Parametry techniczne” wskazał, że ocena punktowa w kryterium „Parametry techniczne” dokonana zostanie na podstawie parametrów zaoferowanych przez Wykonawcę w załączniku nr 2 do umowy. Pomimo tak określonego sposobu oceny ofert, Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy przedłożenia oświadczenia w zakresie zaoferowanych parametrów przez Wykonawcę, które powinny być opisane w załączniku nr 2 do umowy. Powyższy brak nie może być na obecnym etapie konwalidowany, a powoduje jednocześnie, że nie jest możliwe dokonanie oceny i porównania ofert, w tym nie jest możliwe przyznanie punktów wykonawcom.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy PZP, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne i wnosił o jego uwzględnienie.

W dniu 14 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Dnia 5 czerwca 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Informer Med spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu. Dodatkowo pismem z dnia 19 czerwca 2024 r. wykonawca ten złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Informer Med spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej „Informer Med” lub „Uczestnik”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt. 1.3) *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy INFORMER MED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,

który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu danych technicznych lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut nr 3. Mając na uwadze powyższe Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 107 ust. 2 pzp – *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.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.*

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym wykonawcy według swojego wyboru mogli zdecydować się na złożenie ww. przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, jeśli zamierzali poddać ofertę dodatkowej punktacji lub mogli zdecydować się na nieskładanie tych dokumentów, wówczas obowiązywała strony procedura opisana przez Zamawiającego w Rozdziale XI ust. 9 SWZ tj. procedura złożenia dokumentów, a następnie uzupełnienia tych dokumentów w sytuacji gdy złożone dokumenty okażą się niekompletne, Izba wskazuje,

że zaproponowany przez Odwołującego sposób interpretacji zapisów SWZ w powiązaniu z treścią art. 107 ust. 2 Pzp nie zasługuje na aprobatę.

Zwrócić bowiem należy uwagę, że w art. 107 ust. 1 Pzp ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą”). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie Zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 Pzp, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

W ocenie Izby użycie spójnika „lub” w tym przepisie Pzp należy rozumieć w ten sposób, że w zależności od sytuacji, która wystąpi w postępowaniu o zamówienie, Zamawiający kieruje wezwanie do złożenia przedmiotowego środka dowodowego (w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą) lub kieruje wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (gdy złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny). Zauważyć bowiem należy, że w okolicznościach danego postępowania może być wymagane złożenie wielu przedmiotowych środków dowodowych i w zależności od tego jaka sytuacja będzie mieć miejsce wobec danego środka, treść wezwania może być zróżnicowana, tj. może w odniesieniu do niektórych środków dowodowych dotyczyć złożenia, a wobec innych ich uzupełnienia.

Zaznaczyć przy tym należy, że przepis art. 107 ust. 2 Pzp nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia jak i nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. Zatem regulacja z art. 107 Pzp jest bardziej restrykcyjna niż dyspozycja art. 128 Pzp.

Podkreślić należy, że interpretacja przepisu art. 107 ust. 2 Pzp, na którą Odwołujący powoływał się odwołaniu, a którą następnie podtrzymał w toku rozprawy, nie uwzględnia osadzenia omawianej normy prawnej w systemie zamówień publicznych, w tym pomija zupełnie konsekwentnie od lat wyrażaną w orzecznictwie Izby zasadę jednokrotnego

wezwania do złożenia lub uzupełnienia zarówno podmiotowych jak i przedmiotowych środków dowodowych wywodzoną z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści art. 16 Pzp.

W ocenie Izby wykonawca, który nie składa wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, tak jak miało to miejsce w tym postępowaniu. Nie ma bowiem, wbrew stanowisku Odwołującego, w takiej sytuacji możliwości do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ byłoby to złamaniem zasad postępowania. Te powinny być przez zamawiającego uwzględniane nie tylko przy przygotowaniu postępowania o zamówienie ale również przy jego przeprowadzeniu. Żądanie Odwołującego naruszałoby zasadę przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i związanej z nimi zasady jednokrotności wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, przez nieuprawnione stworzenie dla Odwołującego dodatkowej szansy w postaci kolejnego, nieuprawnionego w świetle art. 107 ust. 2

w zw. z ust. 1 Pzp wezwania do uzupełnienia braków złożonych na pierwsze wezwanie przedmiotowych środków dowodowych.

Tymczasem jak bezspornie wynika z dokumentacji postępowania Odwołujący nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, zaś w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.04.2024 r., złożył w dniu 23.04.2024 r. przedmiotowe środki dowodowe, które były niekompletne. Powyższe okoliczności potwierdził również sam Odwołujący zarówno w treści odwołania, jak również w swoim stanowisku w toku rozprawy. W świetle powyższego Zamawiający zasadnie i zgodnie z zasadami określonymi w art. 107 Pzp oraz odpowiednimi zapisami SWZ dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także podnoszone przez Odwołującego naruszenie się do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Niezgodność taka musi mieć charakter merytoryczny. W sytuacji w której Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności z parametrami zamówienia niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w informacji o wyniku postępowania z dnia 21 maja 2024 r. wskazał w jakim zakresie złożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania przez zaoferowane produkty parametrów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący w jakimkolwiek stopniu nie podjął polemiki z oceną zgodności jego oferty z warunkami zamówienia dokonaną przez Zamawiającego, a wynikającą z informacji o wyniku postępowania. Jedyną kwestią podnoszoną w tym zakresie przez Odwołującego był rzekomy brak wskazania na błędy lub niezgodność oferowanego produktu przez Odwołującego w informacji o wyniku postępowania. Z taką oceną nie sposób się zgodzić. Zamawiający w informacji wskazał 5 produktów dla których wyszczególnił łącznie 20 parametrów, których spełnienia złożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały. Jak wskazano uprzednio Odwołujący nie polemizował z taką oceną, twierdząc jedynie, iż Zamawiający winien w tym zakresie wezwać do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co było jednak niedopuszczalne jak ustalono wcześniej.

Tym samym zarzut w tym zakresie należy zatem uznać za blankietowy i niezasługujący na uwzględnienie.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut zaniechanie odrzucenia oferty INFORMER MED na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo tego, że zaoferowane przez wykonawcę produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego. W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący wskazał dwa urządzenia oferowane przez Informer Med, które w ocenie Odwołującego są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego tj. luminometr oraz zgrzewarka rotacyjna.

W odniesieniu do pierwszego z ww. produktów Odwołujący wskazał, iż nie spełnia ono opisu i wymagań technicznych Zamawiającego, gdyż nie posiada on wymaganego w zasilania bateryjnego

2 x AA. W ocenie Izby zarzut w tym zakresie nie potwierdził się. Uczestnik w złożonym wraz z ofertą załączniku nr 1 do umowy pn. *Opis przedmiotu zamówienia – załącznik cenowy* oświadczył, iż oferuje produkt posiadający funkcję zasilania baterijnego 2 x AA. Powyższe potwierdza również w treści odwołania sam Odwołujący. Następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2024 r. o udzielenie wyjaśnień odnośnie treści oferty dniu 29 kwietnia 2024 roku Uczestnik potwierdził, że zaoferowane urządzenie jest rozwiązaniem nowocześniejszym, zaś luminometr wyposażony jest

w najnowocześniejsze wbudowane zasilanie akumulatorowe litowo-jonowe z funkcją zasilania/ladowania z power banka baterijnego 2xAA poprzez standardowe złącze USB-C. Ponadto do wyjaśnień Uczestnik dołączył oświadczenie autoryzowanego dystrybutora urządzenia, który potwierdził ww. okoliczności

tj. spełnianie przez oferowany produkt funkcjonalności w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie. Okoliczności te były w sprawie bezsporne. Wobec powyższego należy uznać, że nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, dotyczące niezgodności oferowanego przez Uczestnika luminometru z warunkami zamówienia. Powyższy ciąg oświadczeń składanych przez Uczestnika przeczy również twierdzeniom Odwołującego jakoby Uczestnik zmienił treść złożonej oferty na etapie wyjaśnień. Oferta ta wskazywała bowiem już w swej pierwotnej treści informacje o posiadaniu przez oferowany produkt wymaganej funkcjonalności i oświadczenie to nie uległo zmianie na etapie wyjaśnień udzielanych przez Uczestnika w toku badania i oceny ofert.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Informer Med z uwagi na fakt, że podane wymiary przez tego wykonawcę dla urządzenia zgrzewarka rotacyjna nie spełniają wymagań Zamawiającego. Odwołujący podniósł w tym zakresie, że zgodnie

z wymaganiami Załącznika nr 2 do umowy – *opis przedmiotu zamówienia parametry techniczne/oceniane*, poz. 6, Zgrzewarka rotacyjna – 5 szt., pkt. 24, Zamawiający wymagał urządzenia

o wymiarach zewnętrznych – 550 x 250 x 150 cm (DxSxW) (+/- 10 mm) Uczestnik zaoferował zgrzewarkę rotacyjną – 5 szt., typ NanoPak hm 950 DC-V, model NanoPak hm 950 DC-V, producent Hawo GmbH, o wymiarach zewnętrznych 560 x 260 x 145 cm (DxSxW) podczas gdy prawidłowe wymiary zaoferowanego przez Uczestnika urządzenia zgodnie z danymi producenta to 565 x 260 x 145 mm.

Na wstępie zaznaczyć należy, że zgodnie treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp należy 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. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wymagany w świetle dokumentów zamówienia.

Izba wskazuje, że Zamawiający przygotowując postępowanie przyjął określone założenia co do sposobu realizacji robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, czemu dał wyraz opracowując dokumenty zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz program funkcjonalno-użytkowy wraz załącznikami graficznymi (w tym rzutem centralnej sterylizatorni

z lokalizacją urządzeń i wyposażenia). Z dokumentów tych wynikał zakres prac do wykonania uwzględniający m.in. rodzaj i parametry urządzeń, jakie należało zastosować. Analizując całość dokumentów zamówienia tj. zarówno PFU z załącznikami, jak i OPZ w ocenie Izby nie sposób wywieść wniosku, jakoby Zamawiający na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia wymagać miał dostarczenia urządzenia o wymiarach podnoszonych przez Odwołującego. Bezspornym jest, że w treści załącznika nr 2 do umowy – *Opis przedmiotu zamówienia parametry techniczne/oceniane*, poz. 6, Zgrzewarka rotacyjna w wymogu technicznym pkt. 24, Zamawiający podał wymiary zewnętrzne –

550 x 250 x 150 cm (DxSxW) (+/- 10 mm), jednak w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowego postępowania zgodzić się należy z Zamawiającym, iż powyższe stanowiło oczywistą omyłkę pisarską (wskazanie jednostki miary jako cm, nie mm), zaś wiedza o charakterystyce i parametrach oczekiwanego urządzenia nie budziła u wykonawców wątpliwości. Za taką oceną świadczy ponadto fakt, iż również Odwołujący w swojej ofercie zaoferował analogiczne urządzenie, jak to które kwestionuje

w ofercie Uczestnika. W tym stanie faktycznym uznać zatem należy, że zawartość merytoryczna oferty Uczestnika odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom w stosunku do urządzenia typu zgrzewarka rotacyjna, a tym samym zarzut naruszenia

art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w tym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy i pomocniczy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Z analogicznych przyczyn należało oddalić zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba nie znalazła podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał już pierwszej z wskazanych w przepisie przesłanek tj. zaistnienia wady postępowania.

W szczególności nie zostało przez Odwołującego uzasadnione na czym opiera wymóg przedłożenia oświadczenia w zakresie zaoferowanych parametrów przez Wykonawcę, które powinny być opisane w załączniku nr 2 do umowy. Brak postawienia przez Zamawiającego wymogu złożenia takiego oświadczenia został wskazany przez Odwołującego jako stanowiący wadę postępowania. Odwołujący w jakimkolwiek stopniu nie uzasadnił konieczności stawiania takiego wymogu, w szczególności które z przepisów obligowały Zamawiającego do postawienia takiego wymogu, jak również Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób brak rzeczonego oświadczenia przekłada się na brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku

#x200ena podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r.

#x200ew sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania

#x200eoraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: