Sygn. akt:KIO 2737/23

WYROK

z dnia 2 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2023 r. przez **wykonawcę Prodron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Lubliniec**

przy udziale:

- wykonawcy **Softblue S.A. z siedzibą w Bydgoszczy**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od odwołującego Prodron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz zamawiającego Gminy Lubliniec kwotę 438 zł 00 gr (słownie: czterysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę

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 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt:KIO 2737/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Lubliniec (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie pn. Dostawa drona wyposażonego w kamery i system teledetekcyjny badający skład dymu z kominów (Nr sprawy: SZ.271.00010.2023). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 2023/BZP 00350716/01 z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Dnia 17 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Prodron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono od czynności niezgodnej z przepisami w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, polegającej na:

1.odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu:

a)art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 4 ustawy o języku polskim, a to *Aplikacja oferowana przez PRODRON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uniemożliwia generowanie raportów w języku polskim, podczas gdy generowanie raportów w języku polskim nie było wskazane w treści SWZ jak również OPZ, z zastrzeżeniem, że oferowane przez Odwołującego urządzenie posiada interfejs w języku polskim,*

b)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na fakt, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zdaniem Zamawiającego zaoferowane urządzenie pomiarowe nie posiada:

i.możliwości transmisji radiowej danych bezpośrednio do urządzenia wyświetlającego w paśmie telemetrycznym odpornym na zakłócenia dedykowanym dla dronów tj. ISM 868 MHz – (pkt B.2.8 OPZ),

ii.możliwości zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz nie posiada wysięgnika o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona (pkt. B.2.14 OPZ),

iii.możliwości wykonywania pomiarów PM10 w minimalnym zakresie określonym w OPZ, tj. w zakresie od 0 do 2000 µg/m3,(pkt B.2.4.a OPZ)

iv.możliwości wykonywanie pomiarów formaldehydu, w tym w szczególności w minimalnym zakresie określonym w OPZ (pkt B.2.3.b OPZ).

v.to jest z powodu braku ramy umożliwiającej montaż dodatkowego wyposażenia (A.3.2 OPZ)

2.wyborze najkorzystniejszej oferty jako oferty złożonej przez SOFTBLUE spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (85-063) przy ulicy Jana Zamoyskiego 2 lokal B pomimo tego, że oferta odwołującego była najkorzystniejsza i nie powinna ulec odrzuceniu przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że oferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wszelkie warunki wskazane przez Zamawiającego w SWZ oraz OPZ.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.przepisu art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ustawy o języku polskim polegające na odrzuceniu oferty z powodu uznania, że aplikacja oferowana przez PRODRON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uniemożliwia generowanie raportów w języku polskim podczas, gdy Zamawiający w SWZ nie wskazał takiego kryterium jako niezbędnego dla urządzenia, a ustawa o języku polskim nie nakłada na podmioty, dla których językiem urzędowym jest języki polski obowiązku wytwarzania dokumentacji wewnętrznej w języku polskim,
2.przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia podczas, gdy Odwołujący zapewnił, że urządzenie spełnia wskazane w SWZ wymagania, a w szczególności:

a)posiada czujnik optyczny do ciągłego badania zanieczyszczenia powietrza niską emisją pyłów zawieszonych w urządzeniu pomiarowym do badania jakości powietrza dla pyłów PM10 o minimalnym zakresie pomiarowym od 0 do 2.000 µg/m3
b) dane z czujników/sensorów (bądź też z głowicy pomiarowej, w której będą zamontowane) w urządzeniu pomiarowym do badania jakości mogą być transmitowane radiowo, bezpośrednio do urządzenia wyświetlającego w paśmie telemetrycznym, odpornym na zakłócenia dedykowanym dla dronów tj. ISM 868 MHz
c) jest wyposażone w sensory (czujniki) do badania formaldehydu (minimalny zakres pomiarowy od 0,5 do 50 ppm)
d)posiada możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz wysięgnik o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona,

3.przepisu art. 239 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SOFTBLUE jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta Odwołującego zawierała niższą cenę, dłuższy okres gwarancji na oferowany sprzęt oraz dłuższy okres gwarancji na akumulatory wymienne,
4.przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego nienależyte zastosowanie polegające na trzykrotnym wzywaniu Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz żądaniu złożenia środków dowodowych podczas, gdy Zamawiający w SWZ zastrzegł, że nie przewiduje dodatkowych środków dowodowych i powinien uznać jednoznaczne i przekonywujące wyjaśnienia Odwołującego,
przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu żądania wyjaśnień od Zamawiającego w zakresie posiadania przez urządzenie ramy umożliwiającej montaż dodatkowego wyposażenia podczas, gdy urządzenie taką możliwość posiada, a rozległe postępowanie wyjaśniające Zamawiającego winno prowadzić do żądania wyjaśnień w tym zakresie.
5.przepisu art. 128 ust. 5 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu zwrócenia się do oficjalnego dystrybutora oferowanego sprzętu np. TPI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie informacji istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
6.przepisu art. 16 ustawy Pzp w zakresie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności;
7.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert Odwołującego i Softblue z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i z naruszeniem kryteriów ustanowionych w SWZ, a w konsekwencji wybór z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji oferty Softbule jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Odwołującego spełniała wymagania Zamawiającego i winna zostać uznana za najkorzystniejszą,
8.art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego
Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2.unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 14 września 2023 roku polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez SOFTBLUE S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,
3.dokonanie oceny ofert uwzględniając złożoną przez Odwołującego ofertę w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych,
4.uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
Ponadto, Odwołujący wnosił o:
1.przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego
na fakt naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, w szczególności ustawy Prawo Zamówień Publicznych, złożenia przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane urządzenie wymagań opisanych w SWZ oraz OPZ, naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji,
2.przeprowadzenie dowodów z dokumentacji załączonej do odwołania:

a)Korespondencja Odwołującego z Dystrybutorem z dnia 16 sierpnia 2023 roku w języku angielskim,
b)Korespondencja Odwołującego z Dystrybutorem z dnia 8 września 2023 roku w języku angielskim,
c) Oświadczenie Dystrybutora

na fakt spełniania przez urządzenie wymagań zamawiającego opisanych w SWZ oraz OPZ
3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości.
Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, polegający na odrzuceniu oferty, która byłaby uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, Odwołujący poniósł/mógł ponieść szkodę w postaci nieudzielenia zamówienia publicznego.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 14 września 2023 roku. Termin do wniesienia odwołania wynosi 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, termin do wniesienia odwołania upłynął zatem w dniu 19 września 2023 roku. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany.
Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w dniu 28 sierpnia 2023 roku Zamawiający sporządził pismo, w którym wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie czy oferowane urządzenie posiada możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz wysięgnik o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona. Zamawiający jak wskazał

Odwołujący w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił jakich środków dowodowych oczekuje od Odwołującego poprzez użycie zwrotu „*proszę o wyjaśnienie, czy oferowane urządzenie posiada możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz czy jest wyposażone w taki wysięgnik.”*
Odwołujący przed upływem wyznaczonego terminu, w dniu 30 sierpnia 2023 roku sporządził oświadczenie, stanowiące żądane wyjaśnienia, w którym wskazał, że oferowane urządzenie Sniffer4D Mini2 ma mechanizm aktywnego zasysania powietrza, celem wykonania badania, oraz jest wyposażone w wysięgnik, *głowica pomiarowa jest umieszczona na niewielkim wysięgniku z uchwytem montażowym na górnej części kadłuba bezzałogowego statku powietrznego, co umożliwia wykonanie badania, bez niekorzystnego zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona, które to zakłócenie miałoby uniemożliwić miarodajny pomiar.* Odwołujący wskazał, że Zamawiający, modyfikując treść SWZ, poprzez dodanie w dniu 21 sierpnia 2023 punktu B.2.14) do opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ w żadnym zakresie nie sprecyzował parametrów powyższego wysięgnika, nie określił jego minimalnej wysokości, zatem oświadczenie Odwołującego, a także nieprecyzyjność wymogów Zamawiającego nie mogą w tym zakresie stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.
W dniu 1 września 2023 roku Zamawiający sporządził wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu, powołując się przy tym na przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, informując jednocześnie, że postępowanie jest prowadzone w języku polskim i wszelkie wyjaśnienia powinny być udzielane w języku polskim. Odwołujący wskazał, że mimo tego zastrzeżenia w treści wezwania sam Zamawiający jako podstawę swoich wątpliwości i w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał link do strony kierującej na https://sniffer4d.eu/wp-content/uploads/2023/05/Sniffer4D_V2_Components-Specs.pdf, na której dane zostały zaprezentowane w języku angielskim. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień i w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołał się na specyfikację urządzenia Sniffer4D V2, podczas, gdy przedmiotem oferty Odwołującego było urządzenie Sniffer4D Mini2, zatem inny model głowicy pomiarowej. Odwołujący niezwłocznie sporządził żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, przesyłając je w dniu 4 września Zamawiającemu.
Odwołujący po uzyskaniu stosownych zapewnień od producenta oraz dystrybutora złożył wyjaśnienia, zapewniając Zamawiającego, że oferowane przez niego urządzenie posiada wszelkie cechy wskazane przez Zamawiającego w SWZ.
Odwołujący wskazał również, że Zamawiający sporządzając Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ) nie przewidział złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wyraźnie to wskazują w dziale V SWZ – opis przedmiotu zamówienia, pkt. 16. Odwołujący wskazał, że oferowane urządzenie pomiarowe (Sorability Sniffer4D Mini2) umożliwia transmisję radiową danych bezpośrednio do urządzenia wyświetlającego w paśmie telemetrycznym określonym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. ISM 868 MHz. Urządzenie pomiarowe może korzystać także z transmisji danych bezpośrednio niezawodnym łączem telemetrycznym drona, które jest zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, a także z wszystkimi właściwymi normami i przepisami obowiązującymi w Polsce, jak cały oferowany zestaw. Odwołujący wskazał także, że głowica pomiarowa jest umieszczona na niewielkim wysięgniku z uchwytem montażowym na górnej części kadłuba bezzałogowego statku powietrznego, co umożliwia wykonanie badania, bez niekorzystnego zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona, które to zakłócenie miałoby uniemożliwić miarodajny pomiar. Odwołujący wskazał, że oferowane przez niego urządzenie pomiarowe Sorability Sniffer4D Mini2 umożliwia wykonywanie pomiarów PM10 w zakresie od 0 do 2000 µg/m3. Poinformował ponadto, że oferowana przez niego dedykowana głowica pomiarowa Sorability Sniffer4D Mini2 jest produkowana i wyposażona na zamówienie, stąd ogólnodostępna specyfikacja podstawowa może różnić się w pewnych parametrach od specyfikacji dostarczanego urządzenia. Odwołujący wskazał również, że oferowane przez niego urządzenie pomiarowe Sorability Sniffer4D Mini2 umożliwia wykonywanie pomiarów formaldehydu w zakresie od 0,5 do 50 ppm. Odnośnie braku ramy umożliwiającej montaż dodatkowego wyposażenia (A.3.2 OPZ)Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co w ocenie Odwołującego stanowi odrębne naruszenie przepisów zarówno w zakresie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jak również przepisu art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp.
Odwołujący, aby mieć pewność co do zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ zwrócił się do oficjalnego dystrybutora, tj. TPI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z wnioskiem o oświadczenie co do parametrów urządzeń, jako dodatkowe potwierdzenie wcześniej otrzymanej korespondencji e-mail i ustaleń. W dniu 16 września 2023 roku upoważniony do reprezentowania podmiotu Wiceprezes Zarządu złożył oświadczenie, które stanowi załącznik do odwołania.

Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.
Zamawiający w złożonej odpowiedzi odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podniósł, że zadał Odwołującemu dwa konkretne pytania:
1)czy aplikacja dedykowana do urządzenia pomiarowego i oferowana wraz z nim umożliwia obsługę w języku polskim (czy aplikacja posiada nakładkę w języku polskim)?
2)Czy aplikacja dedykowana do urządzenia pomiarowego i oferowana wraz z nim umożliwia generowanie raportów w języku polskim?
Na tak postawione pytania otrzymał odpowiedź, że aplikacja dedykowana do urządzenia pomiarowego i oferowana wraz z nim umożliwia obsługę przede wszystkim w języku angielskim, zaś w przypadku drugiego pytania Wykonawca w ogólne nie odpowiedział przedstawiając wywód dotyczący wymogów SWZ oraz wizji wykonawcy co dokonywania tłumaczenia z języka obcego.
Zamawiający wskazał, że wykonawca unikając odpowiedzi nie wykazał, że urządzenie umożliwia obsługę w języku polskim oraz generowanie raportów w języku polskim, co musiało prowadzić do ustaleń takich jak w oświadczeniu o odrzuceniu oferty. Język państwowy jest podstawowym językiem komunikacji społecznej w określonym państwie. Posługują się nim nie tylko organy państwa, lecz również obywatele. Wskazanie języka państwowego w przepisach prawa oznacza w konsekwencji, że organy, urzędy oraz instytucje państwowe mają obowiązek posługiwania się nim między sobą oraz w kontaktach z obywatelami. Zamawiający wskazał, że z uwagi na konieczność komunikowania się przez zamawiającego z obywatelami za pomocą języka urzędowego, urządzenie nie spełniające wymogu wydruku raportu w języku polskim jest dla zamawiającego bezużyteczne. Idąc tropem odwołania za zgodny z SWZ należałoby uznać możliwość wydruku w języku chińskim, koreańskim, japońskim czy wreszcie w języku esperanto tyle, że takie urządzenie jest zamawiającemu niepotrzebne i wynika to oczywistych funkcji którym to urządzenie ma służyć.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w sytuacji pojawienia się u Zamawiającego, wątpliwości co do zawartych w złożonych oświadczeń czy dokumentów, może on w oparciu o art. 128

ust. 4 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie stosowanych wyjaśnień. Przepis ten nie nakłada obowiązku, a jedynie pozostawia Zamawiającemu możliwość skorzystania z niego. W przedmiotowym postępowaniu zachodziły zdaniem Zamawiającego okoliczności umożliwiającego jego zastosowanie. Zamawiający na podstawie informacji dotyczących marki, typu i modelu oferowanego sprzętu, zawartych w punkcie 5 dokumentu „Kalkulacja ofertowa wraz z oświadczeniem dotyczącym oferowanego przedmiotu zamówienia", dokonał weryfikacji ich parametrów w oparciu o ogólnodostępne informacje. W wyniku tej weryfikacji powziął wątpliwości co do prawidłowości oświadczenia Odwołującego o treści wynikającej z punktu 5.4 kalkulacji ofertowej to jest: „Oświadczam, że przedmiot zamówienia spełnia wszystkie minimalne wymagania określone w Załączniku nr 1 do SWZ". W związku z powyższym wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu pismami z 28.08.2023 r., 1.09.2023 r. i 5.09.2023 r. Na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił odpowiedzi odpowiednio pismami z 30.08.2023 r., 4.09.2023 r. i 7.09.2023 r. Odpowiedzi te jednak, w znaczącej większości, nie były wyjaśnieniami, a oświadczeniami. Wyjaśnienia same przez się powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień nie oznacza konieczności składania określonego katalogu dowodów, jednak jeśli wykonawca udzielając wyjaśnień opiera się na własnym oświadczeniach powinny one być w jakikolwiek sposób uwiarygodnione. Tymczasem wykonawca niczego nie wyjaśnił, a jedynie udzielił kolejnych oświadczeń. Zamawiający przyznał, że nie sprecyzował parametrów wysięgnika. Jednak precyzyjnie określił, że to urządzenie pomiarowe, a nie dron, powinno być wyposażone w wysięgnik. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na wezwanie Zamawiającego z 28.08.2023 r., Odwołujący oświadczył, że *„głowica pomiarowa jest umieszczona na niewielkim wysięgniku z uchwytem montażowym na górnej części kadłuba bezzałogowego statku powietrznego ..."* Zatem, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego to dron jest wyposażony w taki wysięgnik, a nie głowica. Zamawiający podkreślił, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty przykładowo wskazał dwa linki do stron kierujących na oraz na , przy czym ten drugi link jest linkiem wskazanym przez Odwołującego w treści odpowiedzi z 28.08.2023 r. udzielonej na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że brak jest także podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zatem uprawnienie wynikające z tego przepisu ogranicza się jedynie do tych enumeratywnie wymienionych dokumentów, wśród których nie wymieniono innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Nawet, gdyby treść tego przepisu potraktować rozszerzająco, to Zamawiający musiałby wiedzieć do jakiego podmiotu powinien się zwrócić o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Odwołujący dopiero w treści odwołania wskazał, i to jako przykład, oficjalnego dystrybutora oferowanego sprzętu.

W ocenie Zamawiającego, w sposób dostateczny zostało sporządzone uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego, a w związku z tym zarzut naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest bezpodstawny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania jego oferta uplasuje się na pozycji pierwszej w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił następujący wykonawca: Softblue S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Softblue S.A. z siedzibą w Bydgoszczy do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego dnia 27 września 2023 r. oraz dowodów złożonych podczas rozprawy przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa drona wyposażonego w kamery i system teledetekcyjny badający skład dymu z kominów (Nr sprawy: SZ.271.00010.2023). Zgodnie z treścią ogłoszenia przedmiotem zamówienia było:

1.dostawa bezzałogowego statku powietrznego (drona),

2.dostawa dodatkowego wyposażenia (kamera termowizyjna, urządzenie pomiarowe do badania jakości powietrza wraz z niezbędnymi sensorami/czujnikami - system detekcyjny badający skład dymu z kominów) i oprogramowana,

3.certyfikowana usługa szkoleniowa wraz z organizacją egzaminu państwowego dla czterech pracowników Zamawiającego,

4.szkolenie produktowe dla czterech pracowników Zamawiającego.

Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający w specyfikacji przedstawił m.in. wymagania dotyczące:

- instrukcji obsługi co najmniej w języku polskim w zakresie bezzałogowego statku powietrznego (dron) (A. 5 pkt lit. g),
- kamery termowizyjnej (B. 1 pkt 8 lit a),
- czujnika optyczny do ciągłego badania zanieczyszczenia powietrza niską emisją pyłów zawieszonych w urządzeniu pomiarowym do badania jakości powietrza (system detekcyjny badający skład dymu z kominów) dla pyłów PM10 o minimalnym zakresie pomiarowym od 0 do 2.000 µg/m3 (pkt 4 lit. a),
- dane z czujników/sensorów (bądź też z głowicy pomiarowej, w której będą zamontowane) w urządzeniu pomiarowym do badania jakości powietrza (system detekcyjny badający skład dymu z kominów) muszą być transmitowane radiowo, bezpośrednio do urządzenia wyświetlającego w paśmie telemetrycznym, odpornym na zakłócenia dedykowanym dla dronów tj. ISM 868 MHz (B.2. pkt 8),
- urządzenie pomiarowe do badania jakości powietrza powinno być wyposażone w sensory (czujniki) do badania formaldehydu (minimalny zakres pomiarowy od 0,5 do 50 ppm) (B 2 pkt 3 lit. b).

W dniu 21 sierpnia 2023 roku Zamawiający dodał do sekcji B. 2 pkt 14 o treści: urządzenie pomiarowe powinno posiadać możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz wysięgnik o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku opublikowano informację z otwarcia ofert w postepowaniu, w którym oferty złożyły dwa podmioty: Odwołujący i Przystępujący. Oferta złożona przez Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie złożonego przez Odwołującego oświadczenia brzmiącego: „Oświadczam, że przedmiot zamówienia spełnia wszystkie minimalne wymagania określone w Załączniku nr 1 do SWZ". W związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu pismami z 28.08.2023 r., 1.09.2023 r. i 5.09.2023 r. Na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił odpowiedzi odpowiednio pismami z 30.08.2023 r., 4.09.2023 r. i 7.09.2023 r. W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Z tak podjętą czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 17 września 2023 r. złożył odwołanie.
Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu.
W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że bezsporne między stronami było to, że Zamawiający w treści SWZ ustalił wymagania, jakie powinien spełniać bezzałogowy statek powietrzny (dron) będący przedmiotem zamówienia. Kwestią sporną między stronami niniejszego postępowania było to, czy sprzęt oferowany przez Odwołującego spełniał wymagania postawione przez Zamawiającego.
Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że oferowany przez niego dron spełnia wymagania SWZ. Wskazał również, że w związku z tym, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zastrzegł możliwości żądania przedmiotowych środków dowodowych, to powinien w związku z tym poprzestać na oświadczeniach składanych przez wykonawców. Nie sposób się z tym zgodzić.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, że oferowane przez niego urządzenie jest zgodne z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Jak wynika już z samej treści zarzutu w ocenie Odwołującego wystarczające powinno być samo zapewnienie Zamawiającego o spełnieniu przez niego warunków. W stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdyby zamówiony produkt nie spełniał wymagań, Zamawiającemu przysługiwałoby prawo do odstąpienia od umowy czy wynikające z rękojmi. W ocenie Izby skorzystanie z tych uprawnień przez Zamawiającego powinno następować w sytuacjach wyjątkowych, gdy w trakcie realizacji umowy okazuje się, że zamówiony produkt jest niezgodny z warunkami zamówienia, czego wcześniej Zamawiający nie przewidział. Nie może być natomiast tak, że Zamawiający mając wątpliwości odnośnie oświadczeń złożonych przez wykonawcę, jak również oferowanego przez niego produktu poprzestaje na jego oświadczeniach nie popartych żadnymi dowodami licząc na ewentualne uprawnienia umowne. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zamierza zamówić produkt, który ma być wykorzystywany w konkretnym celu – do badania składu dymu wydobywającego się z kominów. Istotne było w związku z tym dla niego, aby urządzenie pomiarowe posiadało możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz wysięgnik o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zaoferowane przez niego urządzenie spełnia te wymagania. Bezsporne między stronami było to, że Zamawiający nie określił długości wysięgnika. Zauważyć jednak należy, że ma on być na tyle długi, aby strumień tworzony przez skrzydła drona nie zakłócał poboru próby. Powinien być również zgodnie z postanowieniem SWZ zamontowany na urządzeniu pomiarowym. W odpowiedzi z 30 sierpnia 2023 r. Odwołujący wskazał, że:
„Oferowane przez nas urządzenie Sorability Sniffer4D Mini2 ma mechanizm aktywnego zasysania powietrza, celem wykonania badania, oraz jest wyposażone w wysięgnik. Głowica pomiarowa jest umieszczona na niewielkim wysięgniku z uchwytem montażowym na górnej części kadłuba bezzałogowego statku powietrznego, co umożliwia wykonanie badania, bez niekorzystnego zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona, które to zakłócenie miałoby uniemożliwić miarodajny pomiar."
Natomiast w odpowiedzi z 4 września 2023 r. Odwołujący wskazał, że:
Oferowane urządzenie pomiarowe (Sorability Sniffer4D Mini2) umożliwia zasysanie próbki powietrza bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona. Zatem spełnia wszystkie Państwa wymogi opisane w specyfikacji zamówienia, w tym w szczególności: Zamawiający dodaje punkt B.2.14 do opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ: „14) urządzenie pomiarowe powinno posiadać możliwość zasysania powietrza, celem wykonania badania oraz wysięgnik o długości umożliwiającej wykonanie badania, bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona".
Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że nawet jeżeli oferowane przez Odwołującego urządzenie posiada jakikolwiek wysięgnik, to co najwyżej jest on niewielki i zamocowany na dronie (bezzałogowym statku powietrznym), a nie na głowicy (urządzeniu pomiarowym), która jest montowana na dronie. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że biorąc pod uwagę definicję językową słowa wysięgnik urządzenie oferowane przez Przystępującego również nie jest zgodne z SWZ. Co więcej należy wskazać, że Odwołujący nie sformułował zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego, w związku z czym Izba nie dokonuje jej oceny. Po drugie, jak słusznie wskazał Przystępujący, Zamawiający jasno wskazał cel, jakiemu ma służyć część zamontowana na głowicy określona jako wysięgnik. Odwołujący w odpowiedzi na skierowane do niego wezwania do złożenia wyjaśnień poprzestał w zasadzie na powtórzeniu oświadczenia złożonego wraz ze złożeniem oferty. Nie załączył on chociażby zdjęć, które obrazowałyby spełnienie warunku. Jeżeli dodane postanowienie SWZ nie było dla Odwołującego jasne, mógł on sformułować pytanie do treści SWZ. W ocenie Izby istotne jest również to, że podczas rozprawy Odwołujący przyznał, że wysięgnikiem jest całe oferowane przez niego urządzenie pomiarowe. Jest to jednoznacznie sprzeczne z wymogiem postawionym przez Zamawiającego. Wysięgnik ma umożliwić precyzyjne badanie dymu z konkretnego komina. Jest to bardzo istotne mając na uwadze cel, w jakim pomiary będą wykonywane. Wyniki będą wykorzystywane w postępowaniach administracyjnych. Niezwykle istotne jest w związku z tym bardzo precyzyjne określenie, z którego komina wydobywa się dym oraz jaki jest jego skład. Zarówno w przypadku, gdyby wysięgnik był niewielki zamontowany na dronie, jak i gdyby uznać, że wysięgnikiem jest cała głowica nie sposób uznać, że skrzydła drona nie będą rozpraszały zasysanego powietrza.
W ocenie Izby również w przypadku wyposażenia urządzenia w sensory (czujniki) do badania formaldehydu urządzenie zaoferowane przez Odwołującego nie spełnia ustalonego przez Zamawiającego wymogu. Odwołujący w oświadczeniu z dnia 4 września 2023 r. wskazał, że:
„Oferowana przez nas urządzenie pomiarowe Sorability Sniffer4D Mini2 umożliwia wykonywanie pomiarów formaldehydu w zakresie od 0,5 do 50 ppm." Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanego sprzętu. Odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego nie można uznać za złożenie wyjaśnień. Odwołujący ograniczył się do powtórzenia treści warunku i wskazania, że go spełnia. Podobnie wyglądały jego odpowiedzi dotyczące czujnika optycznego do ciągłego badania zanieczyszczenia powietrza niską emisją pyłów zawieszonych w urządzeniu pomiarowym do badania jakości powietrza (system detekcyjny badający skład dymu z

kominów) dla pyłów PM10 o minimalnym zakresie pomiarowym od 0 do 2.000 µg/m3 oraz danych z czujników/sensorów (bądź też z głowicy pomiarowej, w której będą zamontowane) w urządzeniu pomiarowym do badania jakości powietrza (system detekcyjny badający skład dymu z kominów), które muszą być transmitowane radiowo, bezpośrednio do urządzenia wyświetlającego w paśmie telemetrycznym, odpornym na zakłócenia dedykowanym dla dronów tj. ISM 868 MHz Odwołujący powtórzył jedynie warunki postawione przez Zamawiającego ze wskazaniem, że je spełnia. Bezsporne między stronami jest to, że Zamawiający nie zastrzegł wymogu żądania przedmiotowych środków dowodowych. Jednak jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. KIO 520/20) wyjaśnienie należy rozumieć jako konkretyzację prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający jest w związku z tym obowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w zakresie podstawy odrzucenia. Zamawiający, występując o wyjaśnienia, uzyskuje informacje pozwalające mu na dokonanie rzetelnej oceny złożonej oferty. Wykonawca w związku z tym udzielając odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie może ograniczać się do powtórzenia wcześniej złożonych oświadczeń. Powinien on złożyć obszerne wyjaśnienia lub środki dowodowe (nawet jeżeli nie były one wymagane zgodnie z treścią dokumentacji postępowania), które rozwieją wątpliwości zamawiającego, a które uprawdopodobnią jego stanowisko. Żądanie bowiem wyjaśnień świadczy o starannym działaniu zamawiającego, które jest zgodne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych. Należy również wskazać, że ciężar dowodu danego faktu spoczywa po stronie podmiotu, który z tego faktu wywodzi skutki prawne na tym bowiem ciąży dowód kto twierdzi, a nie kto zaprzecza. Izba wskazuje również, że Zamawiającemu na dzień dokonywania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie była znana treść oświadczenia dystrybutora z dnia 16 września 2023 r. oraz przedłożona podczas posiedzenia dokumentacja z postępowania w Żywcu. Co więcej Izba wskazuje, jak słusznie zauważył podczas rozprawy Przystępujący, że oświadczenie dotyczące indywidualnie konfigurowanego sprzętu powinno pochodzić od jego producenta, a nie od dystrybutora. Co więcej, nawet gdyby uznać prawidłowość zawartych w oświadczeniu danych zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie byłoby tym samym, które powstałoby na skutek ewentualnych modyfikacji, ponieważ urządzenie produkowane deryjnie wymagałoby znacznych zmian.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego nienależyte zastosowanie polegające na trzykrotnym wzywaniu Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz złożenia środków dowodowych podczas gdy Zamawiający w SWZ zastrzegł, że nie przewiduje dodatkowych środków dowodowych i powinien uznać jednoznaczne i przekonywujące wyjaśnienia Odwołującego, Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy wielokrotnie (tak np. „Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza"). Działanie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy uznać jak już wskazano powyżej za niezwykle staranne i ukierunkowane na dokładne wyjaśnienie okoliczności, które mogłyby stanowić ewentualną podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający tym samym nie dopuścił się naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych. Nie sposób się bowiem w jego działaniach dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie wykazał, poza wskazaniem na trzykrotne wzywanie go do złożenia wyjaśnień, na czym owo naruszenie miałoby polegać.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 5 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, że w przypadku wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zatem uprawnienie wynikające z tego przepisu ogranicza się jedynie do tych enumeratywnie wymienionych dokumentów, wśród których nie wymieniono innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Co więcej, jak wskazał Zamawiający musiałby on wiedzieć do jakiego podmiotu powinien się zwrócić o przedstawienie informacji lub dokumentów. Odwołujący zaś dopiero w treści odwołania wskazał przykładowego oficjalnego dystrybutora oferowanego sprzętu, a co za tym idzie Zamawiający nie posiadał tej wiedzy na moment dokonywania oceny ofert.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający w oświadczeniu z dnia z dnia 14 września 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego zawarł wyczerpujące uzasadnienie faktyczne wraz ze wskazaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wskazuje również, że w złożonym odwołaniu Odwołujący nie zawarł uzasadnienia faktycznego tego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzone uchybienie nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. We wskazanym zakresie zarzut jest zasadny, ale z uwagi na oddalenie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaoferowane urządzenie nie posiada m.in. możliwości wykonywania pomiarów formaldehydu oraz nie posiada wysięgnika o długości umożliwiającej wykonanie badania bez zakłócenia poboru próby powietrza strumieniem tworzonym przez śmigła drona, jego zasadność nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….