

Sygn. akt: KIO 3047/22

WYROK
z dnia 30 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 listopada 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 listopada 2022 roku** przez wykonawcę **Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Wojewódzka Policji w Opolu z siedzibą w Opolu reprezentowana przez Komendanta Wojewódzkiego Policji w Opolu**

przy udziale wykonawcy **STANIMEX Spółka Jawna S. S., M. S. z siedzibą w Lublinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego – Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Wojewódzka Policji w Opolu z siedzibą w Opolu reprezentowana przez Komendanta Wojewódzkiego**

Policji w Opolu - kwotę **282 zł 88 gr** (słownie: dwustu osiemdziesięciu dwóch złotych 88/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Wojewódzka Policji w Opolu z siedzibą w Opolu reprezentowana przez Komendanta Wojewódzkiego Policji w Opolu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup 17 specjalistycznych stanowisk do ujawniania śladów proszkami daktyloskopijnymi”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 lipca 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 133-378466.

Dnia 18 listopada 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (tekst jedn. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710 ze zmianami) — Prawo zamówień publicznych, zwane dalej „ustawą” lub „Pzp” odwołanie złożył Wykonawca Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, wskazując, że naruszył On następujące przepisy:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STANIMEX Spółka Jawna S.S., M. S. (dalej jako „Stanimex”), pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem zaoferowane urządzenie „STANIMEX SP.J. SDU-513”, nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wymagań w zakresie wyposażenia dodatkowego oświetlenia punktowego źródła światła LightCube UV 365 Nm i LightCube niebieskie 447Nm.
2. art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STANIMEX, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia albowiem zawiera wadliwą deklarację zgodności WE. Deklaracja wskazuje zgodność z błędnymi normami dotyczącymi zaoferowanego produktu, nie zawiera odpowiednich norm zharmonizowanych oraz dyrektyw UE, a także nie zawiera podstawowych informacji wymaganych w tego typu dokumentach.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty STANIMEX,
3. kontynuowanie czynności badania i oceny pozostałych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający w dniu 8 listopada 2022 roku przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu

ustawowego. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający ponownie (wcześniej 13 września 2022), z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w dniu 8 listopada 2022 roku dokonał wyboru ofert firmy: STANIMEX. W wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty, która podlega odrzuceniu, a oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania i powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący stracił szansę na wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia zostały zdefiniowane definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zatem norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia, jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty winny dotyczyć zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach czy parametrach niż wymagane przez zamawiającego.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2022 roku 2022 roku Zamawiający (w trybie art. 223 ust. 1 Pzp) wezwał wykonawcę STANIMEX do złożenia wyjaśnień oferty przedłożonej w postępowaniu.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2022 roku 2022 roku Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu złożenia wyjaśnień do dnia 22 sierpnia 2022 roku z uwagi na „okres urlopowy”. Zamawiający przedłużył termin złożenia wyjaśnień do dnia 22 sierpnia 2022 roku.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2022 roku, Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które w żaden sposób nie wypełniają zakresu wyjaśnień wnioskowanych przez Zamawiającego, pomimo zgody na wydłużenie terminu wyjaśnień. Na podstawie złożonych wyjaśnień i przedłożonych dokumentów nie jest możliwe stwierdzenie czy zaofferowany przedmiot spełnia wymagania opisane w dokumentach zamówienia. Co zresztą stwierdził sam Zamawiający w piśmie z dnia 7 września 2022 roku.

Regulacja art. 223 ust. 1 Pzp została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle tego obowiązku zaistnienie wątpliwości co do treści oferty, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. W takiej sytuacji uzyskanie wyjaśnienia może warunkować zastosowanie względem oferty wykonawcy innych czynności, w szczególności jej odrzucenia.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2022 roku Zamawiający (w trybie art. 223 ust. 1 Pzp) ponownie wezwał wykonawcę STANIMEX do złożenia wyjaśnień oferty przedłożonej w postępowaniu.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2022 roku STANIMEX oświadczył, że *„lampa (...) MB Aris Royal Blue jest lekką lampą z punktowym źródłem świecenia o dużych możliwościach. Wykorzystanie najnowszej generacji diody LED z zaawansowaną optyką pozwoliło osiągnąć skupioną wiązkę promieniowania w zakresie 447 nm (...)”*. W ocenie Odwołującego Wykonawca dopuścił się przekłamania w opisie długości fali światła. Zgodnie z danymi producenta zastosowany oświetlacz charakteryzuje się innymi parametrami. Z katalogu produktu wynika, że wskazany oświetlacz oferuje długość fali na poziomie 455 nm.

Pismem z dnia 25 października 2022 roku, Zamawiający ponownie wezwał (w trybie art. 223 ust. 1 Pzp), po uprzednim uwzględnieniu odwołania i braku sprzeciwu ze strony Stanimex, wykonawcę do złożenia wyjaśnień oferty przedłożonej w postępowaniu.

Pismem z dnia 26 października 2022 roku, Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które zdaniem Odwołującego w żaden sposób nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, iż zaofferowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Na uwagę zasługuje treść wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego (w sprawie o sygn. akt KIO 2501/22) przez firmę STANIMEX. W treści ponownego wezwania z dnia 25 października 2022 roku na powyższy fakt uwagę zwraca sam Zamawiający.

Wątpliwości w postępowaniu dla Odwołującego budzi również przedłożony przez firmę STANIMEX dokument „Deklaracja Zgodności WE Nr 005/22”, który w ocenie Odwołującego jest wadliwy.

Istotną rolę Zamawiającego w toku badania ofert jest czynność należytej weryfikacji wniesionej przez wykonawcę oferty, a w tym dokumentów (oświadczeń) przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający jako podmiot profesjonalny w toku czynności badania oferty wzywał Wykonawcę kilkakrotnie do złożenia wyjaśnień. Natomiast przedkładane wyjaśnienia przez Wykonawcę i ocena ich przez Zamawiającego stanowi czynność niedozwoloną, gdyż prowadzi do negocjacji w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Ponadto z ostrożności Odwołujący wskazał, że przepis art. 266 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2022 roku poz. 1243) dalej „ustawa znk”. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy znk. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. 3 ust. 2 ustawy znk wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji. Zważywszy, że w art. 3 ust. 2 ustawy znk, ustawodawca użył sformułowanie „w szczególności” — wyliczenie to ma charakter przykładowy, a wskazany katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Zachowania niemieszczące się w tym katalogu, a wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 ustawy znk, mogą być również uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Sprzeczność z prawem to zachowanie sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie lub rozporządzeniu. Natomiast o „naruszeniu dobrych obyczajów” wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. akt V ACa 371/07), wskazując, że *„(...) fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (...).”* Pojęcie „interesu” dotyczy klienta zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona dostawa (usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości

może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub oczekiwanych. Interesem zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie.

Dlatego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

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. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, której treść w ocenie Odwołującego nie wypełnia wymogów SWZ i zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia takiej oferty, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca STANIMEX Spółka Jawna S. S., M. S. z siedzibą w Lublinie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie jako niezasadnego.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w dniu 11 sierpnia 2022 roku Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Stanimex do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał, że wymagał od wykonawców podania na formularzu ofertowym nazwy handlowej, producenta i oznaczenia oferowanej stacji roboczej (nr katalogowy/symbol) umożliwiających identyfikację stacji.

Podana w ofercie nazwa „Stanimex Sp.J. SDU-513” wobec braku w ofercie dodatkowych informacji, a także na stronie internetowej Wykonawcy oraz w zasobach internetu nie dają Zamawiającemu możliwości stwierdzenia zgodności z SWZ.

Zamawiający wezwał do potwierdzenia, że oferowane stanowisko spełnia wymagania OPZ, w szczególności (...) wyposażenie dodatkowe:

- adapter do montażu i podłączenia zasilania dla punktowych źródeł światła LightCube,
- punktowe źródło światła LightCube UV 365 nm,
- punktowe źródło światła LightCube niebieskie 447 nm,
- rama do mocowania materiału badawczego;
- laboratoryjny stolik na kółkach: dwa poziomy półek, górna półka o wymiarze 83 cm x 83 cm, 4 kółka z mechanizmem blokującym.

W ramach wymagań produkt miał posiadać deklarację zgodności CE. Zamawiający wskazał, że wyjaśnień można dokonać przez przekazanie dokumentacji zdjęciowej, broszur informacyjnych, kart charakterystyki, deklaracji zgodności CE lub innych dokumentów, które będą umożliwiały weryfikację w zakresie postawionych wymagań, w tym wymiarów, parametrów technicznych, wyposażenia, użytych materiałów.

Ostatecznie Zamawiający wydłużył Wykonawcy termin na złożenie wyjaśnień do 22 sierpnia 2022 roku.

Stanimex przedstawił przedmiotowe środki dowodowe w postaci: broszury produktowej stanowiska SDU-513, deklaracji zgodności WE 005/22. Wskazał również, że jest producentem stanowiska, więc gwarantuje serwis gwarancyjny i pogwarancyjny oraz spełnia dodatkowe wymagania określone w SWZ.

Następnie Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Stanimex do wyjaśnień podając, że w OPZ Zamawiający określił, że stacja robocza specjalistycznego stanowiska ma mieć powierzchnię roboczą wykonaną z niemagnetycznej stali nierdzewnej, a wyposażenie dodatkowe zawierać punktowe źródła światła LightCube UV 365 nm oraz punktowe źródła światła Light Cube niebieskie 447 nm.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, czy oba powyższe wymagania są spełnione.

Stanimex odpowiedział, że użyty materiał do wykonania powierzchni roboczej, klap bocznych, klapy przedniej oraz tylny panel od strony wewnętrznej stanowiska to stal nierdzewna o strukturze austenitycznej czyli niemagnetycznej.

Następnie Wykonawca podał, że w wyposażeniu dodatkowym stanowisko zawiera światła punktowe UV 365 nm oraz 447 nm. Stanowisko jest wyposażone w nowoczesne źródła światła punktowe firmy LABINO model MB Aris UV oraz MB Aris Royal Blue. MB Aris UV to lekka lampa z punktowym źródłem świecenia o dużych możliwościach. Wykorzystanie najnowszej generacji diody LED z zaawansowaną optyką pozwoliło osiągnąć skupioną wiązkę promieniowania w zakresie 365 nm o intensywności 4 000uW/cm² oraz żywotność minimum 50 000 godzin. Pełna moc świecenia jest stała, zarówno po podłączeniu do sieci 230 V czy z akumulatorów.

MB Aris Royal Blue jest lekką lampą z punktowym źródłem świecenia o dużych możliwościach. Wykorzystanie najnowszej generacji diody LED z zaawansowaną optyką pozwoliło osiągnąć skupioną wiązkę promieniowania w zakresie 447 nm o intensywności 8 000 uW/cm² oraz żywotność minimum 50 000 godzin. Pełna moc świecenia jest stała, zarówno po podłączeniu do sieci 230 V czy z akumulatorów. Każda lampa jest kalibrowana zgodnie z normą ISO 17025.

7 września 2022 roku Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał ponownie do złożenia wyjaśnień. Wskazano, że przesłana dokumentacja oferowanej stacji roboczej nie daje możliwości stwierdzenia zgodności z SWZ. Zamawiający żądał wyjaśnień, czy stanowisko spełnia wymóg punktu „*Wyposażenie dodatkowe: adapter do montażu i podłączenia zasilania dla punktowych źródeł światła LightCube*”. Zamawiający oczekiwał jednoznacznego określenia, czy wskazany we wcześniejszych wyjaśnieniach uchwyt mocujący do oświetlenia dodatkowego jest adapterem spełniającym jednocześnie dwa postawione w OPZ wymagania, to jest montaż i podłączenie zasilania dla punktowych źródeł światła.

Wykonawca odpowiedział, że stanowisko SDU-513 wyposażone jest w specjalistyczny adapter do montażu źródeł punktowych MB Aris UV i MB Aris Royal Blue z przyłączem zasilającym źródła światła, przez co jest możliwość ich sterowania z poziomu panela sterownika PLC. Adapter zapewnia regulację ustawienia kąta świecenia w osiach XYZ oraz posiada możliwość szybkiego montażu i demontażu źródeł światła.

Dnia 25 października 2022 roku Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp ponownie wezwał Stanimex do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający przywołał treść poprzednio złożonych wyjaśnień, z których wynikało, że MB Aris Royal Blue jest lampą posiadającą wiązkę promieniowania w zakresie 447 nm o intensywności 8 000 uW/cm². Natomiast w zgłoszeniu przystąpienia w sprawie 2501/22 wykonawca oświadczył, że otrzymał od producenta lampy MB Aris Royal Blue, że na podstawie przeprowadzonych pomiarów spektrometrem przy długości fali 447 nm moc świecenia spadła o mniej niż 2,5% w stosunku do wartości nominalnej 8000 uW/cm².

W związku z powyższym Zamawiający wezwał do wskazania przy jakiej długości fali oferowane urządzenie emituje maksimum energii. Wyjaśnienia można było uzupełnić o dokumentację przedstawiającą charakterystykę emisyjną proponowanego oświetlacza ze wskazaniem położenia maksimum emisji w rzeczywistych/nominalnych warunkach pracy.

Stanimex odpowiedział, że moc światła na danym obszarze przy odległości roboczej 38 cm, MB Aris Royal BLUe uzyskuje szczytowe napromieniowanie 8000 uW/cm² dla fali szczytowej 443-448 nm. W celu udokumentowania spełniania wymagań do wyjaśnień dołączono informację producenta LABINO AB zawierającą widmo emisyjne z wyznaczeniem długości fal dominujących i szczytowych oraz potwierdzające pozostałe parametry.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu bardzo wiernie przedstawił przebieg samego procesu badania i oceny ofert, wskazał treść kolejnych wezwań skierowanych do Przystępującego i treść udzielonych wyjaśnień. Zabrakło jednak, w ocenie Izby, przedstawienia wniosków samego Odwołującego, które odnosiłyby się do analizy złożonych dokumentów i wykazania, w których elementach treść tych dokumentów nie odpowiada wymaganiom SWZ. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, ale zaniechał przedstawienia wniosków, które powodują, że zarzut można uznać za wykazany i udowodniony. Także w warstwie dowodowej, w ramach złożonego odwołania ograniczono się do dokumentów złożonych przez samego Przystępującego, bez pogłębionej analizy treści tych dokumentów. Innymi słowy Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów w zakresie wyposażenia dodatkowego dla stacji roboczej, w postaci punktowego źródła światła LightCube niebieskie 447nm ale zaniechał wytłumaczenia dlaczego tak jest. Tym samym zarzut nie został w odwołaniu sprecyzowany w sposób, który pozwalałby Zamawiającemu lub Izbie na uznanie jego zasadności. Okoliczność ta jest o tyle znacząca, że Odwołującemu znana była treść dodatkowego wezwania skierowana do Przystępującego i treść udzielonej odpowiedzi. Odwołujący był świadomy, że Zamawiający pytał konkretnie przy jakiej długości fali oferowane przez Przystępującego urządzenie (MB Aris Rogal Blue) emituje maksimum energii. Odwołujący jako profesjonalista, który zapoznał się z dokumentami postępowania wiedział lub przynajmniej wiedzieć powinien, że w tym elemencie Zamawiający postanowił zasięgnąć dodatkowej opinii eksperta zewnętrznego, który specjalizuje się badaniu śladów daktyloskopijnych. Mimo to odwołanie nie zawiera żadnych elementów polemizujących z wydaną opinią. Dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie Odwołujący na rozprawie próbował dowodzić, że wymagania Zamawiającego w SWZ były jednoznaczne i dotyczyły osiągnięcia wartości 447 nm w piklu fali. Odwołujący dopiero w tym momencie przeprowadził polemikę z opinią eksperta Zamawiającego. W ocenie Izby moment ten należy uznać za spóźniony. Argumentacja, którą forsował na rozprawie Odwołujący winna znaleźć się w odwołaniu, można ją było choćby skrótowo opisać w uzasadnieniu zarzutów odwołania, czego zaniechano. Wówczas bowiem tak Izba, jak również Zamawiający mogliby merytorycznie odnieść się do twierdzeń strony Odwołującego.

Na marginesie jedynie, odnosząc się do argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie, Izba podkreśla, że wymóg SWZ odnosił się do punktowego źródła światła

LightCube niebieskiego 447nm. Wymóg nie wskazywał, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że wartość ta powinna być osiągnięta w punkcie najwyższym fali. Jak słusznie zauważył pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie „*W przypadku oświetlaczy diodowych dochodzi do rozproszenia światła, natomiast dla rejestracji śladu daktyloskopii nie będzie to miało większego znaczenia. W przypadku obu oświetlaczy mamy do czynienia z emisją światła niebieskiego i wartość 447 NM jest osiągnięta, przy czym u Przystępującego to rozproszenie jest szersze*”. Odwołujący w odwołaniu nie zawarł argumentacji, dlaczego właściwym wyborem powinno być urządzenie, w którym owo rozproszenie dla długości fali 447 nm jest jak najmniejsze i dlaczego tylko takie urządzenie uznać należy za odpowiadające wymogom SWZ. W tym zakresie nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu okazały się także dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego. Złożona publikacja naukowa, jak celnie zauważył Zamawiający, a z czym nie polemizował Odwołujący, dotyczyła oświetlaczy laserowych i zastosowania dodatkowych filtrów, podczas gdy przedmiotem dostawy jest oświetlacz diodowy. Natomiast w przypadku złożonej ulotki produktowej, brakuje w niej cech określających parametry konkretnego urządzenia, materiał ten należałoby potraktować raczej jako folder reklamowy niż kartę produktu.

Dlatego też uznać należało, że zarzut nie potwierdził się i podlegał oddaleniu.

W przypadku drugiego z zarzutów, odnoszącego się do wadliwości dokumentu „Deklaracja Zgodności WE Nr 005/22”, Izba podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający celnie podkreślił, że zarzut ten uznać należy za spóźniony. Jak wynika z dokumentacji postępowania, czemu nie zaprzeczał sam Odwołujący, treść dokumentu została mu ujawniona z momentem dokonania przez Zamawiającego wyboru w dniu 13 września 2022 roku. Odwołujący złożył wówczas odwołanie, ale nie kwestionował w nim prawidłowości deklaracji zgodności. Znając treść deklaracji zgodności Odwołujący powinien był w terminie 10 dni od pozyskania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej sformułować zarzuty wobec treści oferty Przystępującego. Terminu do złożenia w tym zakresie zarzutów nie przywraca okoliczność, że Zamawiający uwzględnił wówczas złożone odwołanie i deklarował powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a odwołanie nie było merytorycznie rozpoznane. Odwołujący nie miał bowiem pewności, że w tym zakresie Zamawiający powtórzy jakiegokolwiek czynności związane z badaniem deklaracji zgodności, zwłaszcza, że Odwołujący nie zgłaszał w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości.

Izba podziela stanowisko, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Ponowna ocena ofert nie przywróciła Odwołującemu terminu do zaskarżenia

czynności Zamawiającego odnoszącej się do badania treści deklaracji zgodności, której pierwotnym źródłem jest pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Izba zauważyła, iż zarzut w zakresie niezgodności treści deklaracji z wymogami SWZ nie został prawidłowo sformułowany. W rozwinięciu uzasadnienia zarzutów, odwołanie pozbawione jest jakiegokolwiek treści. Jedynie w petitum odwołania enigmatycznie podniesiono, że *„treść jest niezgodna z warunkami zamówienia albowiem zawiera wadliwą deklarację zgodności WE. Deklaracja wskazuje zgodność z błędnymi normami dotyczącymi zaoferowanego produktu, nie zawiera odpowiednich norm zharmonizowanych oraz dyrektyw UE, a także nie zawiera podstawowych informacji wymaganych w tego typu dokumentach”*. Odwołujący nie podał ani z jakimi warunkami zamówienia treść deklaracji jest niezgodna, nie wskazał odniesienia do jakich norm i dyrektyw UE brakuje w treści deklaracji, a także jakich informacji brakuje w treści dokumentu. Nie jest rolą Izby domyślać się do jakich konkretnych elementów danego dokumentu Odwołujący się odnosi i jakie elementy dokumentu Izba powinna badać. Na rozprawie przed Izbą Odwołujący próbował wywodzić, że na dokumencie brakuje podpisów, przywoływał normy i przepisy, które powinny być w dokumencie ujęte. Dostrzeżenia wymaga, iż etap rozprawy przed Izbą nie jest momentem, w którym konkretyzuje się zarzuty. Owszem, w tym momencie można przedstawić dodatkową argumentację, poza ujętą w odwołaniu, złożyć dodatkowe dowody, ale z pewnością nie jest uprawnione ujawnianie zarzutów.

Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zarzutu nazwanego przez Odwołującego wystąpieniem czynu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie odwołania poza skrótowym omówieniem stanowiska doktryny i orzecznictwa pozbawione jest treści dla tego zarzutu. Odwołujący zaniechał przedstawienia argumentacji skierowanej wobec oferty Przystępującego lub też czynności oraz zaniechał Zamawiającego.

Z tych powodów Izba uznała zarzuty za niewykazane i nieuzasadnione.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i 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 stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....