

Sygn. akt: KIO 2026/19

WYROK

z dnia 24 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2019 r. przez wykonawcę **Systemy Autobusowe Sp. z o.o., ul. Lotnicza 18, 04-192 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Posąg 7 Panien 1, 02-495 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Systemy Autobusowe Sp. z o.o., ul. Lotnicza 18, 04-192 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Systemy Autobusowe Sp. z o.o., ul. Lotnicza 18, 04-192 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa i montaż blokad antyalkoholowych w 555 autobusach”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 marca 2019 r. pod pozycją 2019/S 053-123178.

W dniu 10 października 2019 r. wykonawca Systemy Autobusowe Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

- a) nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Dräger Safety Polska Sp. z o.o. (dalej: „Dräger”),
- b) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Dräger z postępowania z tytułu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji braku odrzucenia tej oferty,
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Dräger jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- d) zaniechania czynności wezwania wykonawcy Dräger do uzupełnienia polisy OC w języku polskim,
- e) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- f) zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujący przepisów:

- 1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dräger z udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dräger z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Dräger do uzupełnienia złożonego wykazu dostaw;

3) naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Dräger do uzupełnienia polisy OC w języku polskim, która potwierdzałaby spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji ID. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt. 1.2.1) SIWZ;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Dräger, mimo że jest ona niezgodna ze SIWZ;

5) art. 7 ust. 3 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp

z ostrożności procesowej:

6) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez brak unieważnienia postępowania, mimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zapadł już wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 943/19, w którym Izba nakazała Zamawiającemu: (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie; (ii) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Dräger Safety Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Dräger Safety Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został utrzymany przez Sąd Okręgowy

w Warszawie, który rozpatrzył sprawę o sygnaturze akt: XXIII Ga 1148/19. Zamawiający zastosował się do wyroku Sądu Okręgowego, jednak, w ocenie Odwoływającego, jedynie pozornie powtórzył czynność badania i oceny ofert, gdyż oferty złożonej przez wykonawcę Dräger nie zbadał w sposób sumienny.

I. Odwoływający wskazał, że Zamawiający w sekcji III. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt 1.2.3) SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykaże, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 sztuk łącznie o wartości nie mniejszej niż 350,000,00zł brutto”.

Odwoływający stwierdził, że wykonawca Dräger, jako podmiot profesjonalny, niejednokrotnie składający oferty w postępowaniach realizowanych na podstawie ustawy Pzp, niewątpliwie miał świadomość, że warunki udziału w postępowaniu zawsze muszą być związane z przedmiotem zamówienia. W tym przypadku oznacza to, jak wskazał Odwoływający, że Zamawiający nie wymagał wylegitymowania się jakimikolwiek dostawami autoblokad wraz z montażem, ale dostawami autoblokad wraz z montażem, takimi które są:

- zgodne rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 21 lipca 2016 r. w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej oraz wzoru dokumentu potwierdzającego kalibrację blokady alkoholowej (Dz. U. poz. 1072, dalej: „Rozporządzenie w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej”), które odwołuje się do Polskiej Normy PN-EN 50436-1 i Polskiej Normy PN-EN 50436-2,
- zgodne z przedmiotem zamówienia, którym jest dostawa i montaż autoblokad do autobusów, gdzie ilość systemów pokładowych i systemów zewnętrznych w porównaniu z innymi pojazdami jest większa i bardziej skomplikowana, zatem inny jest stopień trudności prawidłowego montażu blokad w autobusach a inny przykładowo w samochodach dostawczych.

Jak zauważył Odwoływający, poprzez warunki udziału w postępowaniu zamawiający określiła krąg wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie i jednocześnie takich, którzy w przyszłości dadzą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Odwoływającego, z uwagi na specyfikę świadczonych usług, zapewne Zamawiający brał pod uwagę, że inna jest odpowiedzialność za prawidłowe działanie urządzenia w autobusie miejskim w porównaniu choćby z samochodami dostawczymi i osobowymi.

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, wykonawca Dräger w przedstawionym Zamawiającemu Wykazie dostaw wskazał dwie dostawy realizowane na rzecz Carlsberg Polska Sp. z o.o. W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający uznał, że już pierwsza z nich (w poz. 1 Wykazu) spełnia warunek udziału w postępowaniu, zarówno co do liczby dostarczonych i zamontowanych autoblokad, jak i wymaganej wartości.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Dräger w Załączniku nr 5 do SIWZ - Wykaz dostaw - wskazuje dwie dostawy urządzeń, nie podając ich konkretnego modelu, ani też nie wskazując w jakich pojazdach ww. urządzenia były montowane. Jak wskazał Odwołujący, informacji takich próżno szukać także w referencjach wystawionych dla Dräger przez Calsberg Polska Sp. z o.o. Odwołujący podał, że z posiadanej przez niego wiedzy wynika, że pojazdami, w jakich montowane były blokady w ramach ww. zamówienia, były ciężarówki, a więc pojazdy diametralnie różne od środków komunikacji miejskiej, jakimi są autobusy.

Odwołujący uznał, że urządzenia zamontowane w ciężarówkach, na które powołuje się w wykazie dostaw wykonawca Dräger to urządzenia Dräger Interlock 5000, które nie są uznawane przez polskie prawo jako Blokady alkoholowe, lecz jako urządzenia elektroniczne. Odwołujący wskazał na treść zamieszczoną na stronie internetowej <http://blokadaalkoholowa.alkotester.pl/home/51-draaer-interlock-50Q0.html>: „Dräger Interlock 5000 ma zastosowanie do montażu dobrowolnego i jest produktem skierowanym do osób, które chcą zapewnić prewencyjną alkoholową kontrolę dostępu do pojazdu prywatnego lub służbowego. Urządzenie nie spełnia norm wymaganych przez polskie prawo dla blokad alkoholowych montowanych w związku z wyrokiem sądu. Interlock 5000 polecamy osobom, które chcą chronić swoich bliskich przed skutkami prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu.”.

Odwołujący wskazał, że nie ma odrębnych regulacji dla blokad alkoholowych montowanych w związku z wyrokiem sądu i takich, jakie są montowane z innych powodów. Blokady uregulowane są w rozporządzeniu w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej.

Odwołujący powołał się na załączoną do odwołania Opinię dotyczącą blokady alkoholowej wydaną przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 4 września 2019 r., w której stwierdzono, że „System urządzenia blokady alkoholowej należy do specyficznych urządzeń, których funkcjonowanie związane jest z zapewnieniem bezpieczeństwa w transporcie publicznym. W Polsce blokada alkoholowa musi spełniać polskie normy PN-EN 50436-1 i PN-EN 50436-2”.

Odwołujący stwierdził, że urządzenia Dräger Interlock 5000 nie spełniają polskich norm oraz są skierowane przede wszystkim do użytkowników prywatnych, nie zaś do pojazdów komunikacji miejskiej. W ocenie Odwołującego, wykonawca Dräger celowo w Wykazie dostaw nie wskazał modelu urządzenia, bowiem był świadomy tego, że posiadane doświadczenie dotyczy dostawy urządzeń, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, a którym jest dostawa blokad antyalkoholowych do 555 autobusów, ani też nie spełniają wymaganych polskim prawem norm. Odwołujący podkreślił, że wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Dräger doświadczenie dotyczy dostawy i montażu urządzeń, które nie nadają się do montażu w środkach komunikacji publicznej, jakimi są autobusy, ani też dostarczone urządzenia nie były montowane w autobusach. W przekonaniu Odwołującego, doświadczenie takie nie jest związane z przedmiotem zamówienia.

Jak podał Odwołujący, amatorskie urządzenia elektroniczne, nie spełniające określonych jednoznacznie w rozporządzeniu w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej norm, nie są związane z przedmiotem tego konkretnego zamówienia. W przeciwnym razie każdy, kto dostarczyłby jakiegokolwiek blokady, które nie są honorowane na rynku lokalnym, spełniałby warunek w takim samym stopniu, jak wykonawca, który dostarczył i zamontował autoblokady alkoholowe w autobusach komunikacji miejskiej, zwłaszcza w nowoczesnych autobusach, gdzie systemy pokładowe stanowią 20-25 % wartości autobusu, a montaż blokady i w konsekwencji poziom odpowiedzialności wykonawcy jest nieporównywalnie większy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - w pkt 17 Zamawiający wskazał, że urządzenia nie mogą zakłócać pracy:

- „a. elektroniki sterującej zespołami autobusu,
- b. magistral CAN oraz nie mogą zmieniać ich impedancji,
- c. urządzeń systemów pobierania opłat za przejazd,
- d. transmisji radiowej danych z i do sterowników,
- f. monitoringu,
- g. urządzeń systemu łączności alarmowej SŁA,
- h. urządzeń systemu liczenia pasażerów,

i. urządzeń systemu emisji reklam”.

Powyższe, jak zaznaczył Odwołujący, pokazuje poziom skomplikowania takiego montażu. W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że czym innym jest doświadczenie w montażu urządzeń w prywatnych samochodach osobowych, ciężarowych, a zupełnie czym innym jest montaż blokad alkoholowych w autobusach miejskich, przede wszystkim z uwagi na stopień skomplikowania takiego montażu, a także z uwagi na poziom odpowiedzialności (autobusy przewożą dużą ilość osób, których bezpieczeństwo należy zapewnić m. in. poprzez prawidłowo działającą blokadę).

Z uwagi na powyższe, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Dräger w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo, że urządzenia dostarczone w ramach referencyjnych dostaw nie stanowią blokad w rozumieniu postawionego warunku udziału w postępowaniu. Powyższe miało decydujący wpływ na decyzje Zamawiającego i doprowadziło do uznania oferty ww. wykonawcy za najkorzystniejszą.

Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie dowodzą niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, gdy Izba nie uwzględni zarzutu najdalej idącego, skutkującego wykluczeniem Dräger z udziału w postępowaniu, to Izba winna nakazać wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu dostaw poprzez wykazanie się dostawą blokad, a nie innych urządzeń, które za blokady nie mogą zostać uznane, ze wskazanych powyżej okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Dräger nie wykazał się doświadczeniem związanym z przedmiotem zamówienia, tj.:

- w dostawie i montażu urządzeń spełniających normy wynikające z obowiązujących w Polsce przepisów prawa - rozporządzenia w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej,
- w dostawie i montażu w autobusach, z uwzględnieniem wszystkich systemów, jakie taki pojazd posiada i którym blokada antyalkoholowa nie może zakłócać.

W związku z powyższym, Odwołujący stwierdził, że wskazane urządzenia nie są blokadami alkoholowymi w rozumieniu prawa krajowego, a z pewnością takie prawo

Zamawiający miał na myśli ogłaszając przedmiotowy przetarg.

Odwołujący zaznaczył, że dla każdego profesjonalisty oczywistym jest, że treść warunku udziału w postępowaniu jest związana z przedmiotem zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający jest ściśle związany przedmiotem zamówienia. Jak zauważył Odwołujący, już nowelizacja ustawy Pzp z 5 listopada 2009 r. wskazała literalnie na konieczność dokonywania opisu sposobu oceny warunków w granicach, jakie wyznacza przedmiot zamówienia. Opis sposobu oceny dokonywania spełniania warunków powinien być bowiem: po pierwsze - związany z przedmiotem zamówienia, po drugie zaś - do niego proporcjonalny.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy warunek należy interpretować w taki sposób, że wykonawca musiał się legitymować wykonaną dostawą (jedną, jak ustalił Sąd) i usługą, która powinna być co najmniej zbieżna z przedmiotem zamówienia, którym jest autoblokada alkoholowa, nadto nie montowana gdziekolwiek, lecz w autobusach komunikacji miejskiej. Odwołujący zaznaczył, że żadnego z tych warunków nie spełniają referencyjne urządzenia, których montażem wykazał się wykonawca Dräger.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający w Rozdziale 6 pkt III.1 SIWZ wyraźnie wymagał, aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożył wykaz dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Załącznik nr 5 do SIWZ - Wykaz dostaw - zawiera kolumnę zatytułowaną „Wyszczególnienie dostaw (dokładny opis). Tymczasem wykonawca Dräger nie wskazując konkretnego modelu urządzenia, pojazdu, w jakim montowane były te blokady, nie wskazał przedmiotu dostawy, a tym bardziej nie zawarł w formularzu szczegółowego opisu dostawy.

Odwołujący zaznaczył, że nie twierdzi, że wykonawca Dräger miał się wykazać dostawą dokładnie tych samych urządzeń, co zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu, ale musiał się wykazać dostawą w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, czyli dostawą i montażem blokady antyalkoholowej w autobusach komunikacji miejskiej, nadto spełniającej normy wymagane przez polskie prawo, co dla profesjonalnego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą powinno być oczywiste.

II. Odwołujący podniósł, że z oferty wykonawcy Dräger nie wynika, jakie urządzenie zostało zaoferowane, więc oferta winna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, gdyż Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący powołał się na pogląd wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2082/17 oraz KIO 1567/18 stwierdzając, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z formularza ofertowego Dräger w żaden sposób nie wynika, jakie urządzenie zaoferował ww. wykonawca – wykonawca Dräger nigdzie nie wskazał jednoznacznie, jakie urządzenie oferuje. Odwołujący stwierdził, że wprawdzie do oferty został załączony Certyfikat wskazujący, że Alkohol Interlock 7000 spełnia normę EN50436-1:2014, co może sugerować typ urządzenia, jakie oferuje Dräger, to jednak na podstawie ww. certyfikatu nie można jednoznacznie stwierdzić, jakie urządzenie zaoferował Dräger, tj. czy zaoferowano urządzenie Interlock 7000 w konfiguracji z modułem GPRS i kamerą czy też bez. Odwołujący zaznaczył, że w ww. ofercie brak jednoznacznego stwierdzenia, że przedłożony certyfikat dotyczy oferowanego urządzenia.

W opinii Odwołującego, powyższe, w kontekście zarzutu opisanego w pkt I (brak doświadczenia w dostawie spełniających normy prawa polskiego urządzeń do autobusów, wielość urządzeń, jakie posiada w swojej ofercie Dräger - w tym urządzenia nie spełniające polskich norm, tj. *de facto* nie będące blokadami alkoholowymi w rozumieniu polskiego prawa) powinno budzić dodatkowe wątpliwości co do zgodności oferowanego urządzenia z SIWZ.

III. Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.

Odwołujący stwierdził, że wyrok Sądu stoi w jaskrawej sprzeczności z zasadą prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w języku polskim, dlatego Zamawiający miał obowiązek wezwać Dräger do uzupełnienia polisy, z której wynikałoby, że jej przedmiotem jest również ubezpieczenie sprzętu bezpieczeństwa, a nie sprzętu ochronnego i medycznego.

Odwołujący wskazał, że Sąd Okręgowy ustalił, że polisa sporządzona w języku polskim nie spełnia wymagania Zamawiającego opisanego w Sekcji III. 1.2 b) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt. 1.2.1) SIWZ, gdzie przesądzone, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 600.000,00 złotych.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na zasadę legalności postępowania o zamówienie publiczne wyrażaną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę Dräger do uzupełniania polisy w języku polskim, aby wynikało z niej, że przedmiotem ubezpieczenia są urządzenia bezpieczeństwa albo też dokonać oceny na podstawie informacji znajdujących się w ofercie w języku polskim, a z tych bezspornie wynikało, że Dräger jest ubezpieczony od działalności związanej z dostawą przedmiotów leczniczych i ochronnych, które nie są urządzeniami bezpieczeństwa. Powyższe potwierdza, jak zauważył Odwołujący, opinia Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej dotycząca blokad alkoholowych.

IV. Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek, a nie przywilej do rzeczywistej weryfikacji, czy oferty przedstawione przez wykonawców odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyroki Trybunału: z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. s. 1-5553, pkt 45; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. 1-3801, pkt 109-111; wyrok Sądu z dnia 12 marca 2008 r. w sprawie T-332/03 European Service NetWork przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 126, 127).

Odwołujący wskazał, że w świetle orzecznictwa Izby nie budzi wątpliwości, że Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale przede wszystkim zobowiązany zapewnić zgodność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy na każdym etapie postępowania, czyli do chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 290/11, z dnia 8 grudnia, sygn. akt 2011 KIO 2535/11, z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2628/12, z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2037/12, KIO 2047/12, oraz z dnia 1 października 2012 r., sygn. akt KIO 1968/12.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, że nie sposób logicznie wywieść inaczej, jak to, że warunek udziału w postępowaniu, skoro zawsze musi być związany z przedmiotem zamówienia, to w tym przypadku oznacza, że Zamawiający nie wymagał wylegitymowania się jakąkolwiek dostawą autoblokad wraz z montażem, ale dostawami autoblokad wraz z montażem, takimi które są łącznie zgodne z:

- rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 21 lipca 2016 r.

w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej oraz wzoru dokumentu potwierdzającego kalibrację blokady alkoholowej (Dz. U. poz. 1072), które odwołuje się do Polskiej Normy PN-EN 50436-1 i Polskiej Normy PN-EN 50436-2

- z przedmiotem zamówienia czyli autobusami komunikacji miejskiej, gdzie ilość systemów pokładowych i systemów zewnętrznych jest o wiele większa niż w innych pojazdach, zatem inny jest stopień trudności prawidłowego montażu jak choćby samochodami dostawczymi, czy osobowymi. Naturalnie inna też jest odpowiedzialność za prawidłowe działania urządzenia w porównaniu choćby samochodami dostawczymi.

Zdaniem Odwołującego, przeciwne odczytywanie warunku działu w postępowaniu można potraktować wyłącznie jako strategię procesową i próbę uniknięcia odpowiedzialności za wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

W ocenie Odwołującego, dowodem na prawidłowy wywód Odwołującego jest też niska konkurencyjność w tym postępowaniu, co świadczy o tym, że niewiele jest firm, które w swoim doświadczeniu legitymują się należyтым wykonaniem dwóch zamówień na montaż autoblokad antyalkoholowych w autobusach komunikacji miejskiej. Odwołujący stwierdził, że gdyby było tak, że Zamawiający wymaga czegośkolwiek (obojętnie jakiej dostawy blokady, bez związku z przedmiotem zamówienia), lub że wymaga jednej dostawy a nie dwóch, z pewnością inni przedsiębiorcy ubiegaliby się o takie zamówienie.

Odwołujący dalej argumentował, że Zamawiający musi sobie zdawać sprawę, że celem postępowania nie jest eksperyment procesowy, ale wybór wyłącznie wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy, i w tym wypadku doświadczonego w montażu autoblokad alkoholowych w autobusach komunikacji miejskiej, zgodnie z właściwymi w danym państwie przepisami (przepisy krajowe wskazano powyżej). Odwołujący podniósł także, że Zamawiający musi sobie zdawać również sprawę, że autobusy poruszają się po jednej z najtłoczniejszych aglomeracji w Polsce, gdzie są występują skarpy nad rzeką, mosty i tunele, oraz bardzo wielu pasażerów, pieszych i innych równoległych środków transportu zbiorowego. Zamawiający wreszcie musi zdawać sobie sprawę, iż instalowanie blokady alkoholowej jest bardzo specyficzne w autobusach komunikacji miejskiej i jest jednocześnie bardzo odpowiedzialną usługą (prowadzenie pojazdu przez pijanego kierowcę, gdy blokada pozwoli na rozruch pojazdu i możliwe wówczas szkody w mieniu i zdrowiu) bądź działanie w odwrotną stronę, tj. niesłuszne pomówienie osoby trzeźwej, podczas gdy źle działająca blokada wykazała alkohol w wydychanym powietrzu u osoby trzeźwej.

Odwołujący przypomniał też, że obowiązek staranności, który jest nierozzerwalnie

związany z zasadą dobrej administracji i odnosi się ogólnie do działania administracji Unii w jej stosunkach ze społeczeństwem, wymaga od niej działania z rozwagą i ostrożnością (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Masdar (UK)/Komisja, C-47/07 P, EU :C:2008:726, pkt 92, 93).

Odwołujący zauważył, że aby stwierdzić istnienie wystarczająco istotnego naruszenia spoczywającego na organizacji publicznej, konieczne jest wykazanie, że nie działając z całą wymaganą rozwagą i ostrożnością, w sposób poważny i oczywisty przekroczyła granice swego uznania w kontekście wykonywania przysługujących uprawnień. W tym celu należy uwzględnić, mając jednocześnie na uwadze omawiany kontekst, wszystkie okoliczności rozpatrywanej sytuacji, a wśród nich w szczególności oczywisty charakter braku staranności w prowadzeniu postępowania (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 30 stycznia 1992 r., Finsider i in./Komisja, C-363/88 i C-364/88, EU:C:1992:44, pkt 22; a także z dnia 10 lipca 2003r., Komisja/Fresh Marinę, 0472/00 P, EU:C:2003:399, pkt 31), jego usprawiedliwiony bądź nieusprawiedliwiony charakter (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 30 stycznia 1992r., Finsider i in./Komisja, 0363/88 i 0364/88, EU:C:1992:44, pkt 22; a także z dnia 4 lipca 2000 r., Haim, 0424/97, EU:C:2000:357, pkt 42, 43), czy też niewłaściwy lub pozbawiony sensu charakter wniosków wyciągniętych z prowadzonego przez niego badania (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 1991r., Nolle, 016/90, EU:C:1991:402, pkt 13). Odwołujący zwrócił uwagę, że w tym względzie Trybunał orzekał, że w sytuacji, gdy do administracji zwrócono się o przeprowadzenie dochodzenia, powinna je ona prowadzić z możliwie największą starannością w celu rozwiania istniejących wątpliwości i wyjaśnienia sytuacji (zob. podobnie wyrok z dnia 11 listopada 1986r., Irish Grain Board, 254/85, EU:C: 1986:422, pkt 16).

Z powyższych rozważań wynika, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek z własnej inicjatywy prowadzić działania wyjaśniające, zawsze z profesjonalną starannością, sumiennością i bezstronnością.

V. Z ostrożności procesowej Odwołujący zwrócił również uwagę Izby na przesłankę, która powinna skłaniać Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający konsekwentnie prawidłowo interpretował postanowienie Rozdziału 5 pkt I.2. SIWZ, gdzie wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonał dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 szt. łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto.

W toku rozprawy sygn. akt KIO 943/19, Zamawiający twierdził: „Podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w decyzji o odrzuceniu wykonawcy z postępowania. Podkreślał, iż według niego wskazany przez niego warunek dot. dostaw odnosi się do liczby mnogiej dostaw. (...) Dodaje, iż mowa jest o dostawach i o łącznej ilości blokad wykonanych na tej podstawie”. W toku rozprawy sygn. akt XXIII Ga 1148/19: „Pełnomocnik zamawiającego popiera w całości skargę przystępującego po stronie zamawiającego”.

Odwołujący podkreślił, że konstrukcja samego warunku, jak i Załącznika nr 5 do SIWZ jasno wskazuje, że Zamawiający żądał wylegitymowania się dostawami, a nie jedną dostawą. Wreszcie, jak zaznaczył Odwołujący, w treści warunku znajduje się słowo „łącznie”, a słowo to byłoby zbędne gdyby chodziło o jedną dostawę.

Odwołujący wskazał, że w taki sposób warunek zrozumiał wykonawca Dräger, skoro dla wykazania przedmiotowego warunku przedłożył wykaz dwóch dostaw sugerujący, iż wykonał dwie umowy na dostawy dla tego samego klienta. Dopiero na wyraźne zapytanie Zamawiającego, który ustalił, że były to dwie partie urządzeń dostarczanych i montowanych w ramach jednej umowy, dla uniknięcia poświadczenia nieprawdy, Dräger uchylił się od odpowiedzi na pytanie Zamawiającego i podniósł argumentację, iż tylko pierwsza z dostaw wystarcza dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył, że gdyby tak było istotnie, dodawanie drugiej pozycji wykazu byłoby zbędne.

Odwołujący podkreślił, że skoro z uwagi na brak szerszego doświadczenia Dräger (zdaniem Odwołującego nie miał on innej dostawy autoblokad wraz z montażem), to wykonawca Dräger jako profesjonalista działający na zasadzie miernika podwyższonej staranności, wprost miał obowiązek, a nie przywilej, zadać pytanie Zamawiającemu, jak warunek dopuszczeniowy rozumie. Odwołujący stwierdził, że wykonawca nie może się zasadać na Zamawiającego, bowiem jest profesjonalistą i nie może liczyć, że się uda.

Odwołujący zaznaczył, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana zredagować warunki udziału w postępowaniu w sposób precyzyjny i jasny. Odwołujący wskazał, że użyte słowo „dostaw” wprowadzało w błąd wykonawców, zatem zdecydowanie mogło wpłynąć na krąg zainteresowanych przetargiem przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego, brak wyjaśnienia, że oferenci mogli składać dokumenty potwierdzające swoje doświadczenie w montowaniu urządzeń innych niż autoblokada alkoholowa w rozumieniu wskazany przepisów czy też autoblokad alkoholowych w innych pojazdach, jak autobusy komunikacji miejskiej, może tylko spotęgować wrażenie braku precyzyjności. W ocenie Odwołującego, ww. wada skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przesłanki takiego unieważnienia określa m.in.

art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie doszło do zaistnienia okoliczności z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zasada przejrzystości jest podstawową zasadą mającą zastosowanie w dziedzinie udzielania zamówień publicznych i oznacza, że wszystkie warunki i zasady procedury udzielania zamówienia powinny zostać sformułowane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu:

- w Sądzie Okręgowym zwyciężył pogląd sprzeczny z wykładnią Zamawiającego (twórcy warunku) oraz Odwołującego, jakoby warunek zobowiązywał wykonawcę do wykazania się jedną dostawą, a nie kilkoma dostawami. Tego typu diametralne różnice w interpretacji nie pozostają bez wpływu na konkurencję i bez wątplenia zaważyły o wyniku postępowania,
- w postępowaniu została złożona oferta Dräger, w której przywołano doświadczenie niezwiązane z przedmiotem zamówienia, określające dostawy nie wiadomo jakich urządzeń, nie wiadomo czy spełniających polskie normy, nie wiadomo do jakich pojazdów. W opinii Odwołującego, zaakceptowanie takiego doświadczenia jest wprost sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia wykonawcy Dräger z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz odrzucenia jego oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania jako obciążonego wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Dräger.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że wykonawca Dräger został wykluczony z postępowania z powodu braku

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Wobec ww. czynności odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosk w dniu 23 maja 2019 r. wykonawca Dräger zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie wykonawcy Dräger z postępowania, pomimo, iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez uznanie w konsekwencji wykluczenia wykonawcy Dräger z udziału w postępowaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
- 3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 943/19 uwzględniła ww. odwołanie i nakazała Zamawiającemu (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o.; (ii) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Dräger z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Dräger.

Na powyższe orzeczenie Izby skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie wniosk wykonawca Systemy Autobusowe Sp. z o.o. Skarga ta została oddalona wyrokiem z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1148/19.

W dniu 30 września 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dräger.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dräger, mimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią Rozdziału 5 pkt I.2.3 lit. a) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonali dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 szt. łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto.

W Rozdziale 5 pkt III.1 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, spełniających warunek, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt I.2.3 lit. a) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Do wykazu wykonawcy mieli obowiązek załączyć „dowody określające czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane.”.

Wykonawca Dräger na potwierdzenie spełniania ww. warunku złożył Wykaz dostaw, w którym oświadczył, że wykonał następujące dostawy:

- Odbiorca: Carlsberg Polska Sp. z o.o., Opis: Dostawa i montaż 197 szt. blokad alkoholowych Dräger Interlock, wartość brutto: 721 536,16 zł, termin wykonania: 21 grudnia

2018 r.,

- Odbiorca: Carlsberg Polska Sp. z o.o., Opis: Dostawa i montaż 34 szt. blokad alkoholowych Dräger Interlock, wartość brutto: 145 859,98 zł, termin wykonania: 27 lutego 2019 r.

Wykonawca Dräger złożył również list referencyjny, w którym Carlsberg Polska Sp. z o.o. potwierdza, że „Dräger Safety Polska Sp. z o.o. jest od stycznia 2018 r. naszym Partnerem Handlowym oraz Serwisowym w zakresie dostaw, montażu oraz wsparcia serwisowego dla blokad alkoholowych typu Dräger Interlock. Do dnia dzisiejszego zainstalowano ponad 220 urządzeń które działają bez zarzutu co powoduje iż projekt jest kontynuowany i docelowo będzie to 550 aut z blokadą. Dotychczasowa współpraca z kontrahentem przebiega bez większych zastrzeżeń, a nasz Partner Biznesowy dał się poznać jako solidny dostawca.”.

Odwołujący, odwołując się do opisu przedmiotu zamówienia, stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał wylegitymowania się jakimikolwiek dostawami autoblokad wraz z montażem, ale dostawami autoblokad wraz z montażem, takimi, które są:

- zgodne rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 21 lipca 2016 r. w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej oraz wzoru dokumentu potwierdzającego kalibrację blokady alkoholowej (Dz. U. poz. 1072), które odwołuje się do Polskiej Normy PN-EN 50436-1 i Polskiej Normy PN-EN 50436-2,
- zgodne z przedmiotem zamówienia, którym jest dostawa i montaż autoblokad do autobusów, gdzie ilość systemów pokładowych i systemów zewnętrznych w porównaniu z innymi pojazdami jest większa i bardziej skomplikowana, zatem inny jest stopień trudności prawidłowego montażu blokad w autobusach a inny przykładowo w samochodach dostawczych.

Odwołujący podkreślał, że warunki udziału w postępowaniu zawsze muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Izba stwierdziła, że podstawowe zasady zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada proporcjonalności i przejrzystości, sprzeciwiają się wywodzeniu z treści warunku udziału w postępowaniu dodatkowych obwarowań, które nie wynikają z literalnego brzmienia warunku. Treść warunku powinna pozwolić wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia na stwierdzenie, jakie są oczekiwania zamawiającego, oraz czy posiadany przez

wykonawcę potencjał pozwala na wzięcie udziału w postępowaniu. Nieuprawnione byłoby badanie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na podstawie wymagań, które nie zostały zawarte w treści warunku.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w Rozdziale 5 pkt I.2.3 lit. a) SIWZ wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem dostawy autoblokad wraz z montażem określając jedynie ich ilość i wartość. W treści przedmiotowego warunku nie ma mowy o spełnianiu przez oferowane blokady alkoholowe wymagań zawartych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Budownictwa w sprawie wymagań funkcjonalnych i wymogów technicznych blokady alkoholowej oraz wzoru dokumentu potwierdzającego kalibrację blokady alkoholowej czy też wymogu wykazania się dostawą i montażem autoblokad do autobusów. Brak jest zatem podstaw, aby twierdzić, że dostawa, którą legitymuje się wykonawca Dräger powinna być dotyczyć blokad alkoholowych zgodnych z określonymi normami, montowanych w określonych typach pojazdów. Wobec powyższego, za nieprzydatną dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba uznała załączoną do odwołania „Opinię dotyczącą blokady alkoholowej” sporządzoną przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej.

Należy wyraźnie odróżnić opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający określa własne potrzeby i sposób ich realizacji, od warunków udziału w postępowaniu, za pośrednictwem których zamawiający określa krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Im mniej restrykcyjne wymagania zamawiający określa w treści warunku, tym większy jest krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie.

Nie potwierdziła się także okoliczność, że blokady alkoholowe, których dostawą wykazał się wykonawca Dräger w złożonym Wykazie dostaw to w istocie nie blokady alkoholowe, a urządzenia elektroniczne. Odwołujący oparł swoje stanowisko na twierdzeniu, że wykazane przez Dräger dostawy dotyczyły urządzenia Dräger Interlock 5000. Wykonawca Dräger w toku rozprawy dowiódł, że urządzenie Dräger Interlock 5000 spełnia wymogi normy PN EN 504 36-2 składając na tę okoliczność Certyfikat badania w zakresie wymogów względem charakterystyki środowiskowej i funkcjonalnej o nr 613.063.9C. Opis normy PN EN 504 36-2 wskazuje, że urządzenia odpowiadające tej normie to blokady alkoholowe. Okoliczność, że urządzenie Dräger Interlock 5000 to blokada alkoholowa potwierdza również złożony przez Odwołującego wydruk ze strony internetowej www.blokadaalkoholowa.alkotest.pl.

Odwołujący zakwestionował także treść złożonego przez Dräger Wykazu dostaw wskazując, że wykonawca ten nie podał konkretnego modelu urządzenia i pojazdu, w jakim

montowane były blokady, a zatem nie wskazał przedmiotu dostawy, nie zawarł w formularzu szczegółowego opisu dostawy. Izba stwierdziła, że opis zrealizowanego zamówienia jest konsekwencją treści warunku postawionego w danym postępowaniu, a zatem poziom szczegółowości tego opisu powinien taki, aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie wykonawca Dräger w złożonym Wykazie dostaw zawarł wszystkie informacje, które były niezbędne Zamawiającemu do oceny czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Podsumowując, w przedmiotowej sprawie, Zamawiający dokonując badania ofert uprawniony był do weryfikowania wyłącznie tych wymagań, które zostały wprost wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu. Wymogi określone przez Zamawiającego w Rozdziale 5 pkt I.2.3 lit. a) SIWZ spełniona wskazana w Wykazie dostaw złożonym przez Dräger dostawa i montaż 197 szt. blokad alkoholowych Dräger Interlock o wartości brutto: 721 536,16 zł zrealizowana na rzecz Carlsberg Polska Sp. z o.o.

Z uwagi na powyższe, nie ziściły się przesłanki do uznania, że wykonawca Dräger podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Opisane powyżej ustalenia stanowią także o braku zasadności zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Dräger na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dräger jako niezgodnej z treścią SIWZ. Owa niezgodność miała, zdaniem Odwołującego, polegać na braku wskazania w ofercie urządzenia, jakie zostało zaoferowane.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie sformułował wymagania złożenia oświadczenia w zakresie modelu oferowanego urządzenia. Zamawiający nie przewidział też miejsca w dokumentacji postępowania na złożenie takiego oświadczenia. Zamawiający wymagał jedynie załączenia do oferty kopii ważnego certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez urządzenia wymagań normy EN 504 36 (Rozdział 6 pkt III.5 SIWZ). Wykonawca Dräger złożył wymagany Certyfikat badania w zakresie wymogów względem charakterystyki środowiskowej i funkcjonalnej nr 613.063.8A dla urządzenia Interlock 7000, a zatem wypełnił wymóg Zamawiającego. Wywodzenie wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji braku złożenia oświadczenia, które nie było wymagane w specyfikacji, byłoby działaniem nieuprawnionym.

Odwołujący podniósł też zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Dräger

do uzupełnienia polisy OC w języku polskim, która potwierdzałaby spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji ID.1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt 1.2.2 lit. b SIWZ. Izba stwierdziła, że kwestia potwierdzenia przez wykonawcę Dräger spełniania warunku określonego w Rozdziale 5 pkt 1.2.2 lit. b SIWZ została rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 943/19, w którym Izba zajęła następujące stanowisko: „W kwestii niewykazania spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Izba wyjaśnia, że argumentacja Zamawiającego była chybiona, nie dotykając istoty instytucji wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. Wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także - po drugie - możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w swoim lakonicznym uzasadnieniu wskazał wyłącznie, iż przedłożona polisa nie potwierdza, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wskazać jednakże należy, że Odwołujący złożył polisę OC. W punkcie „Ubezpieczona działalność” wskazano: „Producent i dostawca sprzętu medycznego i sprzętu ochronnego”. W punkcie „Zakres ubezpieczenia” wskazano „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności z włączeniem odpowiedzialność za produkt oraz wykonane usługi”.

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż przedmiotem działalności Odwołującego jest dostawa oraz montaż blokad alkoholowych. Wykazał to Odwołujący składając wydruki ze swojej strony internetowej potwierdzające zakres prowadzonej działalności. Zamawiający i Przystępujący nie złożyli dowodów przeciwnych. Skoro więc zakres ubezpieczenia OC obejmuje również odpowiedzialność za produkt oraz za wykonane usługi, to oczywistym jest dla Izby, iż obejmuje to również blokady alkoholowe.”.

Prawidłowość stanowiska Izby potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1148/19.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie dopatrzyła się uchybień w czynności badania i oceny przez Zamawiającego oferty Dräger. Zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 943/19 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1148/19. Nie znalazł zatem potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała też zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez brak unieważnienia postępowania, mimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba stwierdziła, że kwestia sposobu, w jaki należy interpretować warunek udziału w postępowaniu sformułowany w Rozdziale 5 pkt 1.3 lit. a SIWZ została rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 943/19 oraz przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1148/19. Treść przedmiotowego warunku w żaden sposób nie wskazuje na wadę postępowania. Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że treść warunku wpłynęła na ograniczenie konkurencji. Przeciwnie, literalne brzmienie warunku wskazuje na dopuszczenie przez Zamawiającego szerokiej konkurencji, co, jeśli stoi w zgodzie z potrzebami Zamawiającego, jest zgodne z zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :