

Sygn. akt: KIO 2838/21

Wyrok
z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2021 r. przez wykonawcę **Dräger Polska Sp. z o. o., ul. Posąg 7 Panien 1, 02-495 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **TransCom International S. Ś., W. F. sp. j., ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TransCom International S. Ś., W. F. sp. j., ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **TransCom International S. Ś., W. F. sp. j., w Paczkowie** na rzecz wykonawcy **Dräger Polska Sp. z o. o z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa przenośnych analizatorów do badania obecności alkoholu w wydychanym powietrzu z możliwością skorzystania z prawa opcji”, postępowanie nr 87/Cut/21/TJ; dalej „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DzUUE 2021/S 123-325427 z 29 czerwca 2021 r.

Odwołujący: Drager Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec podjętych przez Zamawiającego, a niezgodnych z przepisami PZP:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TransCom International S. Ś., W. F. Sp. jawna (dalej „TransCom” lub „Wykonawca”); i 2) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy TransCom.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP, tj.:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty TransCom pomimo, że treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP przez zaniechanie wykluczenia TransCom z udziału w Postępowaniu, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (wskazanych w uzasadnieniu odwołania), że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2a PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

3) art. 16 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TransCom oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez TransCom.

W Postępowaniu złożono 2 oferty.

Uzasadnienie

I. Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP

1 . Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w SWZ (OPZ) Specyfikacji Technicznej nr 3/T/BLP/KGP/2021. Zgodnie z pkt 4 ppkt 12 załącznika Temperatura otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min $+40^{\circ}\text{C}$. Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą h środków dowodowych: 1.1 szczegółowy opis oferowanego sprzętu potwierdzający spełnienie wymagań technicznych określonych w OPZ, 1.2 zdjęcia oferowanego produktu oraz głównych elementów składających się na całość zestawu, 1.3 certyfikat (y) Unii Europejskiej CE na oferowany produkt lub Deklaracja zgodności.

2. W treści Zał 1 do Formularza ofertowego Zamawiający wymagał złożenia stosownego oświadczenia, co do spełnienia bądź nie poszczególnych wymagań opisanych szczegółowo przez Zamawiającego. Powyższy wymóg dotyczył również parametru dot. temperatury pracy analizatora, którego zakres Zamawiający określił na poziomie od min -5°C do min $+40^{\circ}\text{C}$.

3. Ofertę złożył m.in. wykonawca TransCom oferując urządzenia Alco-Sensor IV CM w. 7111 z drukarką termiczną Martel; producenta Intoximeters, USA (informacje z Formularza ofertowego). Wykonawca w zakresie parametru temperatury pracy oświadczył, że jego urządzenie spełnia ten wymóg, tj. Temperatura pracy analizatora od min -5°C do min $+40^{\circ}\text{C}$ (zgodnie z oświadczeniem złożonym w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego).

4. Tymczasem jak wynika z ogólnie dostępnych informacji, oferowany przez TransCom przenośny analizator do badania zawartości Alco-Sensor IV CM w. 71 1 1 nie spełnia tego wymogu. Zgodnie z informacją publikowaną na stronie producenta analizator ten pracuje w temperaturze od 10°C do 40°C (print screen strony producenta). Również instrukcja obsługi tego urządzenia dostępna na stronie internetowej TransCom potwierdza, że oferowany analizator Alco-sensor IV pracuje w przedziale temperatur, aby wykonać test temperatura urządzenia musi mieścić się w tym przedziale. Powyższe informacje w sposób jednoznaczny wskazują, że oferowany przez TransCom analizator nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego, a dotyczących temperatury pracy.

5. Zamawiający zwrócił się do TransCom do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania wymogów określonych SWZ, w szczególności w zakresie spornego parametru temperatury pracy analizatora (pismo Zamawiającego z 9 sierpnia 2021 r.). W odpowiedzi TransCom wyjaśnił: Zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień związanym z naszą ofertą informujemy, że zgodnie z wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi określonymi przez Zamawiającego w Rozdziale IV OPZ ust.4., 7 pkt 12 zaoferowane przez nas urządzenie A/co-Sensor IV CM v. 7111 spełnia określone warunki pracy z wymaganym zakresie temperatury otoczenia pracy analizatora od min -5°C do min $+40^{\circ}\text{C}$. Przyniesione informacje zarówno z naszych stron internetowych jak również stron producenta urządzeń, określają jak zauważył słusznie Zamawiający, temperaturę pracy urządzenia a nie temperaturę otoczenia pracy urządzenia. Oznacza to, że zaoferowane urządzenie będzie działać prawidłowo w temperaturach otoczenia urządzenia zarówno w zakresie -5°C , $+40^{\circ}\text{C}$, jak i poza nim.

6. TramsCom składając powyższe wyjaśnienia oświadczył, że jego urządzenie spełnia określone warunki pracy w zakresie temperatury otoczenia pracy analizatora od min 5 C do min +40C, natomiast nie potwierdził temperatury pracy tego urządzenia w zakresie wymaganym tj. od -50 do 400C. Zdaniem Odwołującego nie uczynił tego ponieważ, temperatura pracy tego urządzenia, jak wynika z dostępnych informacji, wynosi od 0^o C do 40^o C. Na str. 9 instrukcji obsługi, oferowanego analizatora podano: Alco-sensor IV pracuje w przedziale temperatur 0 stopni C do 40 stopni C oznacza to, że aby wykonać test temperatura urządzenia musi mieścić się w tym przedziale. Temperatura urządzenia podawana jest na wyświetlaczu po włożeniu ustnika. Jeżeli jest niższa od 0 stopni C lub wyższa od 40 stopni C, test będzie blokowany. Należy wówczas wyrzucić ustnik i przenieść urządzenie do miejsca, gdzie może osiągnąć właściwą temperaturę pracy np.: w warunkach zimowych włożyć pod kurtkę blisko ramienia itp. Po krótkim czasie urządzenie nadaje się do ponownego użytku. Dodatkowo na str. 16 instrukcji wskazano, że A/co-Sensor IV wykazuje maksimum dokładności w przedziale temperatur od 0 stopni C do 0C. Dlatego producent wprowadził automatyczną blokadę w chwili przekroczenia tego zakresu. Jeżeli temperatura jest nieodpowiednia do przeprowadzenia pozytywnego i dokładnego testu, na wyświetlaczu pojawi się komunikat TMP> lub TMP<. Oznacza to, że po przekroczeniu temperatury 0C analizator zostanie zablokowany. Na uwagę zasługuje również decyzja Głównego Urzędu Miar nr ZT 68/2007 z 11.06.2007 r. dotycząca zatwierdzenia typu analizatorów wydechu oferowanych w Postępowaniu, tj. AlcoSensor IV CM wersja 7111, z której również wynika, że zakres temperatury pracy, w którym mogą być wykonywane pomiary wynosi (0-40)0C.

7. Odwołujący wyjaśnia, że istotnym z punktu widzenia funkcjonalności urządzenia parametrem jest temperatura pracy analizatora. To temperatura pracy jako jeden z parametrów podawana jest w specyfikacji technicznej urządzenia, w instrukcji obsługi, czy deklaracji zgodności. Istota parametru sprowadza się do określenia, w jakiej temperaturze dane urządzenie będzie w stanie dokonać pomiaru (temperatura pracy urządzenia). Biorąc pod uwagę, w jakim celu i w jakich warunkach będą używane analizatory stanowiące przedmiot Postępowania, wymóg Zamawiającego określony w OPZ, jak i załączniku nr 1 do Formularza ofertowego dot. właśnie temperatury pracy urządzenia. Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy w szczególności w zakresie spornego parametru, powinien dokonać staranności, z uwagi na konsekwencje wynikające z rezultatu takich pomiarów. Jednocześnie w przypadku charakteru pracy analizatorów Zamawiający musiał przewidywać, co wyraził w wymaganiach dotyczących oferowanych analizatorów, że badania z ich użyciem będą prowadzone w warunkach zimowych, tj. w temp. min -5 0 C. Parametr temperatury pracy urządzeń jest dobrze znanym pojęciem i stosowanym w instrukcjach urządzeń zawsze odnosząc się również do temperatury otoczenia pracy urządzenia. TransCo składając wraz z ofertą szczegółowy opis oferowanego sprzętu potwierdzający spełnienie wymagań

technicznych określonych w OPZ, na str. 1 specyfikacji technicznej urządzenia AlcoSensor IV CM w. 7111 z drukarką termiczną Martel wskazał: Temperatura pracy od -5 0 do 45 0C. Co oczywiście, jak podnosi Odwołujący w niniejszym odwołaniu nie jest zgodne z rzeczywistością.

8. W specyfikacji technicznej urządzenia TransCom nie posługuje się parametrem temperatura otoczenia pracy analizatora, a konkretnie parametrem-temperatura pracy. Nie znajduje więc żadnego uzasadnienia, zarówno biorąc pod uwagę wymagania SWZ, jak i powszechnie używaną terminologię, stanowisko TransCom prezentowane w złożonych wyjaśnieniach, że Zamawiający oczekiwał podania innego parametru, niż Temperatura pracy analizatora. W załączniku nr 1 do Formularza ofertowego wyraźnie Zamawiający określił ten wymóg: Temperatura pracy analizatora od min -5 0C do min +40 0C. Wykonawcy natomiast zobowiązani byli wskazać, czy wymóg ten spełniają czy też nie. TransCom w sposób niezgodny z rzeczywistością oświadczył, że parametr ten spełnia, a na etapie wyjaśnień nieprawidłowo przyjął, że wymaganie Zamawiającego odnosiło się do innego parametru.

9. Zamawiający bezkrytycznie przyjął oświadczenia uznając, że TransCom spełnia wymagania w zakresie temperatury pracy urządzenia (pomimo, że w wyjaśnieniach Wykonawca tego nie potwierdził, a ogólnie dostępne informacje znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego wskazują, że temperatura pracy analizatora oferowanego przez TransCom nie mieści się w wymaganym przez Zamawiającego zakresie).

10. Oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia opisywane lub określone są w dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ. Warunki dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały w tym postępowaniu określone w Załączniku nr 2 do SWZ (OPZ) — Specyfikacji Technicznej oraz załączniku nr 1 do Formularza ofertowego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Jak wynika z uzasadnienie niniejszego odwołania, oferowany analizator faktycznie nie spełnia jednego z wymagań określonych przez Zamawiającego (temperatury pracy), merytorycznie zatem treść oferty TransCom jest niezgodna z wymaganiami.

11. Zauważenia wymaga, że Zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od wymagań SWZ na etapie badania i oceny ofert. Zobowiązany jest natomiast do oceny ofert złożonych w postępowaniu przez weryfikację faktycznej zawartości merytorycznej każdej z ofert, a więc zgodności oferowanych w tym przypadku analizatorów z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Porównując zaoferowany przez TransCom przedmiot zamówienia (przy uwzględnieniu złożonych wyjaśnień), z

wymaganiami Zamawiającego, należy dojść do wniosku że między oferowanym przedmiotem zamówienia a wymogami SWZ doszło do niezgodności, która winna skutkować negatywną oceną jego oferty. Niezgodność, jaka zaistniała w ofercie TransCom, jest istotna (dotyczy bowiem bezwzględnego wymogu — temperatury pracy) i ma charakter nieusuwalny (nie da się sanować oświadczenia złożonego w ofercie w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia).

II. Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP

12. Złożenie przez TransCom oświadczenia w zakresie temperatury pracy analizatora w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, prowadzi do wniosku, że informacja ta wprowadziła Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu (oferta TransCom została uznana za ofertę najkorzystniejszą). Mając na uwadze powyższe oferta tego Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP (oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP). Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z rozdz. X pkt 2 ppkt 10 SWZ z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym konkretnym przypadku TransCom a) złożył informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego w zakresie temperatury pracy oferowanego analizatora; b) co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a dotyczące wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, c) informacje te złożono wskutek zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa (a do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 wystarczy złożenie tych informacji wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa). Wobec ziszczenia się przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w stosunku do wykonawcy TransCom, oferta tego wykonawcy wi na podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP.

13. Zdaniem Odwołującego TransCom w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu powyższych informacji dotyczących spełniania wymogu dotyczącego temperatury pracy analizatora.

14. Z całą pewnością możliwe jest przypisanie TransCom niższego stopnia winy, będącego podstawą wykluczenia wykonawcy, określoną w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP — a bezsprzecznie przynajmniej lekkomyślności (wobec profesjonalnego charakteru działania wykonawcy).

15. 16. W niniejszym postępowaniu przedłożone informacje nie tylko mogły mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania, ale ewidentnie miały wpływ, ponieważ na ich

podstawie Zamawiający ocenił pozytywnie ofertę złożoną przez TransCom i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

W okolicznościach sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 PZP.

Załączono print screen ze strony producenta z tłumaczeniem, kopię instrukcja obsługi i kopię decyzji nr ZT 68/2007 Głównego Urzędu Miar z dnia 11.06.2007 r.

Zamawiający — Komenda Główna Policji - w piśmie z dnia 12 października 2021 r. oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu stanowiska stwierdził, co następuje.

W dniu 27 września 2021 r. do Zamawiającego — Komendanta Głównego Policji wpłynęła kopia odwołania, wniesiona przez Wykonawcę Drager Polska Sp. z o.o., ul. Posąg 7 Panien 1, 02-495 Warszawa do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę przenośnych analizatorów do badania obecności alkoholu w wydychanym powietrzu z możliwością skorzystania z prawa opcji”, postępowanie nr 87/Cut/21/TJ.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania Zamawiający uznał, że zarzuty zawarte w odwołaniu są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokona ponownej czynności badania i oceny ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TransCom International S. Ś., W. F. Sp. Jawna wnosząc o oddalenie odwołania.

W złożonym piśmie procesowym stwierdził, że jego oferta jest zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia określonymi w postępowaniu, a oferowane ^{przeOz} niego urządzenie tj. Alco-Sensor IV CM v.7111 spełnia wymagania zamawiającego. Wskazał, że SWZ odnosi się do kwestii związanych z temperaturą w załączniku nr 1 do formularza ofertowego, w którym został sformułowany następujący warunek: „Temperatura pracy analizatora od min - 5⁰ C do min +40⁰ C, w tym miejscu wykonawcy mieli dwie możliwości zaznaczyć „spełnia” albo „nie spełnia”. Przystępujący zaznaczył, że urządzenie spełnia wymaganie w zakresie temperatur. (vide oferta).

Odwołujący w odwołaniu powołuje się na informacje ze strony internetowej producenta, z których ma wynikać, że „analizator ten pracuje w temperaturze od 10⁰ C do +40⁰ C”. Informacja ta jest o najmniej niepełna i wprowadza w błąd. Wynika z niej jedynie że „większość urządzeń Alco-Sensor IV posiada temperaturę roboczą badania w zakresie od

10⁰ C do +40⁰ C". Nie jest to równoznaczne ze stwierdzeniem odwołania, jakoby wszystkie analizatory pracowały w takich temperaturach.

Jeśli chodzi o instrukcję obsługi urządzenia, to ma ona charakter archiwalny (2005 r.), nie jest ona aktualna, choć znajduje się w zasobach internetowych, jak wiele innych nieaktualnych informacji.

Oferowane urządzenie istotnie występuje w różnych wersjach z różnymi zakresami temperatur pracy oprogramowania sprzętowego (firmware) tj. w wersji -10⁰ C do +45⁰ C", -5⁰ C do +40⁰ C" oraz od 0⁰ C do +40⁰ C". Zakresy temperatury urządzenia są uzależnione od oprogramowania sprzętowego stosowanego przez producenta w zależności od zapotrzebowania klienta. Na potrzeby niniejszego postępowania urządzenie zaoferowane ma oprogramowanie sprzętowe (firmware) z zakresem temperatur od -10⁰ C do +45⁰ C".

Na dowód złożono pismo z 11 października 2021 r. producenta urządzenia Alko-Sensorr IV CM w.7111.

Za drugorzędna uznał przystępujący kwestię rozbieżności w dokumentacji zamawiającego. Bowiem w SWZ w załączniku 1 do Formularza ofertowego (Charakterystyka techniczna) został sformułowany warunek w brzmieniu „Temperatura pracy analizatora od -5⁰ C do min.+40⁰ C”, natomiast w załączniku nr 2 Specyfikacja Techniczna został sformułowany warunek w sposób następujący „Temperatura otoczenia pracy analizatora od -5⁰ C do min.+40⁰ C”.

Wykonawcy mogli więc mieć wątpliwość w odniesieniu do wymagań zamawiającego, czy chodzi o temperaturę pracy urządzenia, czy też o urządzenia, które nie są tożsame. Jeżeli zamawiający wymagał spełnienia przez przedmiot zamówienia obu zakresów temperatur powinien sformułować zarówno w Specyfikacji Technicznej, jak i następnie w Formularzu ofertowym dwa wymagania dotyczące temperatury czyli temperatury urządzenia oraz otoczenia.

Przystępujący podkreślił, że oferowane przez niego urządzenie spełnia zarówno wymaganie w zakresie temperatury pracy urządzenia (z Formularza ofertowego), jak i wymaganie w zakresie temperatury otoczenia pracy analizatora (z Specyfikacji Technicznej), co potwierdza również przedstawione pismo producenta urządzenia – analizatora.

Odnosnie zarzutu wprowadzenia w błąd przystępujący wskazał, że zarzut jest bezzasadny, bowiem jak wskazał wcześniej, urządzenie spełnia wymaganie dotyczące zakresu pracy. W następstwie przedstawionych okoliczności wskazał, że niezasadny jest zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie wykazał spełnienia przez oferowany analizator wymogu w zakresie temperatury pracy urządzenia. (pkt 1 i 2 formularza ofertowego). Przypomniał, że sporny parametr był przedmiotem wyjaśnień, w których Zamawiający pytał wykonawcę, który w piśmie z 11.08.2021 wskazał na temperaturę otoczenia -5 do + 40. Przystępujący potwierdził tym stanowisko odwołującego o temperaturze pracy w akapicie 3, że wskazane wielkości dotyczą temperatury pracy urządzenia a nie temperatury otoczenia pracy urządzenia. Informacja została podana w oparciu o informacje ze stron internetowych zarówno wykonawcy jak i producenta powoływanych także w zapytaniu Zamawiającego, a z dokumentów wynikała temperatura pracy urządzenia od 0 do 40° C. Informacje te potwierdza także treść decyzji GUM gdzie wskazano taki sam zakres temperatur od 0 do 40° C dla wszystkich wersji urządzenia, w tym oferowanego w postępowaniu. W zakresie zarzutu o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd wskazuje, że powyższe dane są tego elementem jak również fakt złożenia nieważnej deklaracji CE.

Przypomniał treść formularza ofertowego z deklaracją o temperaturze pracy. Wskazał ponownie na treść pytań i odpowiedzi udzielonych zamawiającemu oraz informacje o zakresach temperatur pracy analizatora podanych w Internecie i przez producenta (podkreślił brak informacji o wymaganej temperaturze -5°). Oświadczenie producenta złożone na rozprawie opisuje model CM, dla którego jedno z urządzeń spełnia parametry jednakże nie zostało wykazane, że dotyczy to wersji oferowanej. Odnośnie informacji przedstawionych na wydrukach ze strony internetowej przystępującego zauważył, że brak jest danych określających czy precyzujących konkretne urządzenie.

Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w przystąpieniu i złożonym piśmie procesowym. Zauważył, że w piśmie z 11.08.2021 (błędnie datowanym 11.07.2021) zadeklarował zamawiającemu spełnianie postawionych wymagań. Potwierdził prawidłowe działanie w przedziale wymaganych temperatur. Zauważył, że w dokumentacji postępowania użyto określenia temperatura pracy analizatora lub temperatura otoczenia pracy analizatora nie przedstawiając żadnego dodatkowego sprecyzowania i rozróżnienia tych pojęć. Stwierdził, że oferowany przez niego analizator spełnia warunki zgodne z obydwoma wymogami. Przypomniał za pismem, że odwołujący opiera się na pozyskanych z Internetu informacjach nieaktualnych - instrukcja z roku 2005. Także informacje ze strony producenta wskazują na „większość” a nie „wszystkie” produkty pracujące w temperaturę 10-40°. Również decyzja GUM z 2007 nie opisuje aktualnych danych technicznych oferowanego urządzenia i jest dokumentem archiwalnym. Przypomniał, że od 2008 r. nie ma obowiązku urzędowej kontroli metrologicznej analizatorów wydechu. Złożył wydruk ze strony własnej na potwierdzenie możliwej temperatury pracy i możliwych modyfikacji w zależności od wersji oprogramowania. Stwierdził, że pismo producenta potwierdza spełnianie spornych

wymogów, a nawet w zakresie większym jak to określono w ostatnim akapicie. Informacje dotyczą także modelu zaoferowanego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i przystępującego, biorąc pod uwagę treść dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego oraz uwzględniając stanowiska uczestników przedstawione do protokołu oraz na piśmie wraz z przedstawionymi dokumentami zaliczonymi w poczet dowodów, ustaliła i zważyła, co następuje.

W ocenie składu orzekającego przedstawione w toku postępowania odwoławczego dowody i oparte na nich twierdzenia odwołującego, jak i przystępującego, uzasadniają stanowisko o konieczności ponowienia przez zamawiającego czynności badania i oceny złożonych ofert po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkową okolicznością przemawiającą za powyższym jest mogące budzić wątpliwość sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia dotyczące wymogu przedziału oczekiwanych temperatur pracy mogących być rozumianymi jako temperatura pracy urządzenia lub temperatura otoczenia pracującego urządzenia. Należy uznać, że dla zachowania zasady równości stron w dokonywanej ocenie parametr powyższy powinien być w toku oceny traktowany na analogicznych zasadach. Złożone w postępowaniu odwoławczym dowody mają zdaniem Izby istotne znaczenie w sprawie, jednakże nie mogą na etapie tego postępowania przesądzić o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem czynnością należącą do kompetencji zamawiającego, którego organ ochrony prawnej w tym zakresie nie może zastąpić. W konsekwencji Izba podzielając zasadność stanowiska zamawiającego o potrzebie ponowienia czynności badania i oceny ofert, orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz.1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: