

Sygn. akt: KIO 1110/18

WYROK
z dnia 22 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Siltec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie oraz (2) Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

wykonawcy W. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

Bracia S. W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 00-545 Warszawa zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze
akt KIO 1110/18 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Komendzie Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2017 roku 24 sztuk przewoźnych jednostek nadzoru (PN), symulatora — trenażera do szkoleń operatorów oraz przeprowadzenia szkoleń obsługowych oferowanej jednostki”

wykluczenie z postępowania – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Korporacja Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hydrosprzęt Spółka jawna W. K. i E. K. z siedzibą Łąka Dolna gmina Trzciana — w związku z

przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

nakazuje zamawiającemu odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm. – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Korporacja Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hydrosprzęt Spółka jawna W. K. i E. K. z siedzibą Łąka Dolna gmina Trzciana — jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

nakazuje zamawiającemu udostępnienie załącznika nr 7 do pisma wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Korporacja Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hydrosprzęt Spółka jawna W. K. i E. K. z siedzibą Łąka Dolna gmina Trzciana z dnia 30 kwietnia 2018 roku.

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Siltec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie oraz (2) Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. Zasądza od zamawiającego Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Siltec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie oraz (2) Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1579 z późn. zm.) 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

Zamawiający - Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na zadanie pn. „Dostawa fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2017 roku 24 sztuk przewoźnych jednostek nadzoru (PN), symulatora — trenażera do szkoleń operatorów oraz przeprowadzenia szkoleń obsługowych oferowanej jednostki”. Zamówieni jest prowadzone pod numerem nadanym przez Zamawiającego 10/BF/BTiZ/18. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 marca 2018r. 2018/S 045-097829.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 4 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz (2) Z. sp. z o.o. siedzibą w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej Odwołującym) od niezgodnych z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1 Art. 7 ust. 1 i 3 PZP i 91 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy.
- 2 Art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz 96 ust. 2 i 3 ustawy poprzez:
 - a) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika nr 7 do pisma Konsorcjum KW - Hydrosprzęt (zwanego dalej Konsorcjum lub KW - Hydrosprzęt) z dnia 30 kwietnia 2018r. (wyniki badań laboratoryjnych) pomimo, iż Zamawiający oceniając skuteczność dokonanego zastrzeżenia uznał, że informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa a KW - Hydrosprzęt nie wniósł odwołania,
 - b) ponieważ w odniesieniu do ww. załącznika nr 7 KW - Hydrosprzęt złożył 7 maja 2018r. oświadczenie, że wycofuje protokół pomiarów i zamiast niego składa protokół zawierający inne dane to – jeśli Zamawiający zgodził się na taką „wymianę” - naruszono art. 96 ust. 2 a protokół nie zawiera wszystkich dokumentów.

- 3 Art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KW - Hydrosprzęt pomimo tego, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4 Art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie uznania oferty KW - Hydrosprzęt za odrzuconą;
- 5 Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzęt pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
- 6 Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzęt pomimo tego, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 7 Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzęt pomimo tego, iż wykonawca ten winien być wykluczony z Postępowania;
- 8 Art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzęt pomimo tego, iż jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2 udostępnienie załącznika nr 7 do pisma KW - Hydrosprzęt z dnia 30 kwietnia 2018r. po uprzednim uzupełnieniu załączników do protokołu postępowania jeśli to będzie konieczne,
- 3 Dokonanie czynności badania ofert i oceny ofert
 - a) wykluczenie z postępowania Konsorcjum KW - Hydrosprzęt i uznanie oferty złożonej przez tego wykonawcę za ofertę odrzuconą ewentualnie,
 - b) jeżeli KIO uzna, iż brak jest podstaw do wykluczenia Konsorcjum KW Hydrosprzęt z postępowania - odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum KW - Hydrosprzęt;w każdym przypadku:
 - c) uznania, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp tj. ubiega się o zamówienie i złożył ofertę.

Odwołujący złożył ofertę, która jest ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia podanych w SIWZ kryteriów. Obiektywnie dokonana ocena oferty doprowadzi do wykluczenia

Konsorcjum KW Hydrospręż i odrzucenia jego oferty oraz przyznania Odwołującemu największej liczby punktów i tym samym oferta Odwołującego uzyska status oferty najkorzystniejszej. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego, które doprowadziły do wyboru oferty Konsorcjum KW - Hydrospręż są niezgodne z Pzp i w konsekwencji interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum KW - Hydrospręż, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Tym samym objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega w szczególności na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania na dostawę PJN obowiązywała SIWZ która precyzowała przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia — dalej: „OPZ” — stanowił załącznik nr 1 do SIWZ. Pozacenowe kryteria oceny ofert odnosiły się wprost do parametrów technicznych oferowanych PJN. Kryteria te zostały opisane w Rozdziale XVI SI WZ (k. 14-16).

Kryteriami były:

- a. Cena o wadze 60%
 - Liczona wedle klasycznego wzoru porównującego cenę najniższą do badanej
- b. Skrzynia biegów o wadze 10%
 - Zaoferowanie automatycznej skrzyni biegów skutkowało uzyskaniem 10 pkt
 - Brak automatycznej skrzyni biegów dawał 0 punktów
- c. Parametry pojazdu o wadze 20% w tym
 - Prześwit pod osią przednią:
 - do 200 mm — 0 pkt, w przedziale 200-220 mm — 1 pkt, w przedziale 221-240 mm — 2 pkt, powyżej 241mm — 3 pkt
 - Prześwit pod osią tylną:
 - do 200 mm — 0 pkt, w przedziale 200-220 mm — 1 pkt, w przedziale 221-240 mm — 2 pkt, powyżej 241mm — 3 pkt
 - Kąt natarcia
 - do 23° - 0 pkt, w przedziale od 23° do 25° - 1 pkt, w przedziale od 26° do 27° - 2 pkt, 28° i więcej — 3 pkt.
 - Kąt zejścia
 - do 23° - 0 pkt, w przedziale od 23° do 25° - 1 pkt, w przedziale od 26° do 27° - 2 pkt, 28° i więcej — 3 pkt.

- Kąt rampowy
do 20° - 0 pkt, w przedziale od 20° do 22° - 1 pkt, w przedziale od 23° do 24° - 2 pkt, 25° i więcej — 3 pkt.
- d. Gwarancja o wadze 10%
- Badano okres gwarancji przez porównanie najdłuższego okresu gwarancji do badanego.
3. Konsorcjum KW - Hydrosprzęt w swej ofercie wskazało, iż nie przewiduje udziału podwykonawców w realizacji zamówienia a ponadto: „ *Oświadczamy, że zaoferowany przez nas pojazd po zabudowie TOYOTA NOWY HILUX z systemem ZSKA MOBILE posiada następujące parametry, które będą brane pod uwagę podczas oceny ofert:*
- *jest wyposażony w automatyczną skrzynię biegów*
 - *prześwit pod osią przednią 293 mm,*
 - *prześwit pod osią tylną 293 mm,*
 - *kąt natarcia 31°*
 - *kąt zejścia 26°*
 - *kąt rampowy 23°*

W ramach zabudowy zostanie zastosowana kamera termowizyjna OPTIX HeatSeek IR”

II. Przesłanki wykluczenia Konsorcjum KW - Hydrosprzęt.

1. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten przedstawił informacje wprowadzające go w błąd, o ile mogą one mieć istotny wpływ na jego (tj. zamawiającego) decyzje.
 - a. należy uznać, iż skoro celem postępowania przetargowego jest wybór najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z SIWZ (por. art. 91 ust. 1 Pzp) to każda wprowadzająca w błąd informacja związana z punktacją wpływa w sposób istotny na decyzje zamawiającego,
 - b. z punktu widzenia realizacji umowy o zamówienie publiczne (ale także z punktu widzenia zgodności oferty z SIWZ) istotną jest informacja o oferowanych urządzeniach i udziale podwykonawców,
 - c. przywołany przepis nie wymaga tego, by informacja była nieprawdziwa — wystarczy, że wprowadza w błąd.
2. Konsorcjum KW - Hydrosprzęt podlega wykluczeniu ze względu na podanie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, a ze względu na zaistnienie pozostałych przesłanek wynikających z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania a jego ofertę należy uznać za odrzuconą.

Za wprowadzające w błąd należy uznać informacje m.in. nt. pojazdu bazowego, punktowanych parametrów pojazdu, kamerze termowizyjnej i o podwykonawcach.

III. Przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum KW - Hydrosprężet na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

1. Zgodnie z postanowieniem pkt 2.15 (str. 2 OPZ) *Wykonawca musi posiadać zezwolenie od producenta pojazdu bazowego lub Generalnego importera w Polsce do wykonywania zabudów specjalnych zgodnie z jego technologią bez utraty gwarancji na pojazd bazowy.* Wymóg ten jest bardzo istotny, gdyż de facto stanowi o kilku ważnych ograniczeniach.
 - a. Wykonawca musi mieć zezwolenie na ingerencję w pojazd bazowy (poza sporem jest to, iż ingerencja taka musi być dokonana po to, by wyposażyć/przebudować pojazd tak, by był on zgodny z wymaganiami Zamawiającego),
 - b. zabudowa musi być dokonana zgodnie z technologią producenta pojazdu bazowego,
 - c. zabudowa nie może spowodować utraty gwarancji na pojazd bazowy.
2. Zamawiający opracował formularz oferty. Formularz ten miał być wypełniony przez wykonawców. Formularz zawierał informacje m.in. nt. pojazdu bazowego, punktowanych parametrów pojazdu, kamerze termowizyjnej i o podwykonawcach — informacje te wprowadzają w błąd a zatem oferta — po wykluczeniu Konsorcjum KW - Hydrosprężet powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5).
3. **Brak wskazania pojazdu bazowego.**
 - a. Formularz oferty obligował do podania marki, typu i oznaczenia handlowego pojazdu.
 - b. Konsorcjum KW - Hydrosprężet wskazało, iż oferuje pojazd *po zabudowie TOYOTA NOWY HILUX z systemem ZSKA MOBILE*. Innymi słowy pojazdem bazowym jest TOYOTA NOWY HILUX z systemem ZSKA MOBILE.
 - c. Obecnie nie ma na rynku samochodu, który nazywałby się „TOYOTA NOWY HILUX z systemem ZSKA MOBILE”.
 - d. KW - Hydrosprężet nie złożył oświadczenia, iż jest producentem oferowanego pojazdu bazowego a zatem nie jest wiadomym jaki pojazd jest oferowany.
 - e. Zamawiający w pkt 4.4. (str. 3 OPZ) wymagał by pojazd bazowy spełniał warunki techniczne obowiązujące w RP, potwierdzone świadectwem homologacji typu WE pojazdu lub homologacji typu pojazdu oraz dodatkowego badania technicznego pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym — nie ma

- wątpliwości, iż określenie samochodu z pominięciem marki typu i oznaczenia handlowego może utrudnić zamawiającemu wyegzekwowanie ww. dokumentów.
- f. Jeżeli dokonać wykładni treści oferty w zakresie oferowanego pojazdu bazowego, to przy założeniu dopuszczalności takiego działania, można uznać, iż prawdopodobnym jest zaoferowanie samochodu produkcji koncernu TOYOTA model HILUX — nie można jednak wyinterpretować co ma oznaczać dopisek „z systemem ZSKA MOBILE”. Nie został spełniony wymóg podania marki, typu i oznaczenia handlowego pojazdu — a zatem nie jest znany przedmiot oferty.
 - g. Należy też podkreślić, iż KW - Hydrosprzęt — wedle wiedzy Odwołującego — nie spełnia wymagania zawartego w pkt 2.15 OPZ tj. nie ma zezwolenia koncernu Toyota (w tym generalnego importera w Polsce) do wykonywania zabudów specjalnych bez utraty gwarancji na pojazd bazowy.
 - h. Przyjmując założenie, że zaoferowano TOYOTĘ HILUX, to okazuje się, że podane parametry techniczne podane przez KW - Hydrosprzęt wskazywałyby na Toyotę Hilux D4D z tzw. podwójną kabiną — informacja ta nie wynika z oferty. KW - Hydrosprzęt nie wskazał przedmiotu oferty słowem Zamawiający „nie wie co kupuje” i dlatego winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. Brak wskazania kamery termowizyjnej.

- a. Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym podać producenta, markę i typ oferowanej kamery termowizyjnej. Wymóg ten nie został spełniony, a zatem oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp — wymóg niewątpliwie miał umożliwić Zamawiającemu identyfikację i w razie potrzeby weryfikację zaoferowanej kamery.
- b. Konsorcjum KW - Hydrosprzęt w swej ofercie umieściło adnotację: *W ramach zabudowy zostanie zastosowana kamera termowizyjna OPTIX HeatSeek IR* określenie to nie stanowi wymaganego wskazania producenta, marki i typu, gdyż:
 - KW - Hydrosprzęt nie wskazał producenta kamery — wedle treści zawartych w wynikach testów przedstawionych przez KW - Hydrosprzęt producentem jest OPTIX Bułgaria lub OPTIX Co. Bułgaria,
 - producentem jest: OPTIX Bułgaria lub OPTIX Co. Bułgaria a nie Optix,
 - można przyjąć, iż określenie HeatSeek IR jest wystarczające dla określenia marki,
 - KW - Hydrosprzęt nie wskazało typu kamery.
- c. Kamery termowizyjne Optix Bułgaria są produkowane w trzech typach. Są to:
 - OPTIX HeatSeekIR H,
 - OPTIX HeatSeekIR L,

- OPTIX HeatSeekIR M.
- d. Oferta nie zawiera oznaczenia H, L lub M a zatem nie wskazuje typu. Poza sporem jest to, iż ww. urządzenia różnią się parametrami i ceną.
 - e. Jeżeli przyjąć interpretację korzystną dla Konsorcjum KW - Hydrosprzęt i uznać, iż formularz oferty został wypełniony prawidłowo a opisanie kamery jest wystarczająco precyzyjne, to będzie to oznaczało, iż pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nie przedstawił wyników badań kamery — złożył bowiem dokumenty dotyczące urządzenia OPTIX HeatSeekIR M a zgodnie ze wskazaniem w ofercie winien przedstawić urządzenie OPTIX HeatSeekIR.
 - f. Jak już wspomniano, na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum KW - Hydrosprzęt złożyło dokumenty mające potwierdzać parametry kamery termowizyjnej. Złożone dokumenty wykazują niezgodność kamery z SIWZ, gdyż zgodnie z OPZ pkt 6.12 badania miały być wykonane dla celu o wielkości 160 cm na 60 cm — z dostarczonych Zamawiającemu dokumentów wynika, iż badania przeprowadzono dla celu o wielkości 170 cm na 50 cm.
 - g. Pismem z dnia 2 maja 2018r. Zamawiający poinformował KW - Hydrosprzęt, iż uznaje wyniki badań laboratoryjnych doręczone z pismem z dnia 30 kwietnia 2018r. za informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
 - h. W odpowiedzi Konsorcjum KW - Hydrosprzęt „wycofało” złożony protokół i „zastąpiło go” nowym raportem co wynika z pisma z 7 maja 2018r. — oznacza to, iż wolą KW - Hydrosprzęt było to, by skutki prawne wywołał dokument doręczony pismem z 7 maja 2018r a więc po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, z drugiej jednak strony przepisy nie przewidują „wycofywania” dokumentów i ich „zastępowania” innymi — jest to sprzeczne z zasadami prowadzenia protokołu postępowania o zamówienie publiczne.
 - i. Co więcej, pismem z dnia 15 maja 2018r. Zamawiający wykazał, iż złożony uprzednio dokument sporządzony w języku angielskim nie zawiera właściwego tłumaczenia na język polski. Tłumaczenie to zostało uzupełnione 16 maja 2018r.
 - j. W tych okolicznościach należy uznać, iż Konsorcjum KW - Hydrosprzęt nie dostarczył wyników badań dla oferowanego przez siebie produktu (bo „wycofał” pismo z dnia 30 kwietnia 2018r.) i nie wypełnił wymagań Zamawiającego w naznaczonym terminie, a zatem jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

5. Brak wskazania podwykonawców.

- a. Treść oferty Konsorcjum KW - Hydrosprzęt jest jednoznaczna co do podwykonawców — nie są oni przewidziani do realizacji. W konsekwencji

wszelkie obowiązki wynikające z umowy KW - Hydrosprzęt musi wykonywać samodzielnie.

- b. Jednym z wymagań Zamawiającego było to, by wykonawca zapewnił dostęp do serwisów pojazdu bazowego na terytorium RP w promieniu max. 150 km od siedzib jednostek organizacyjnych SG (OPZ pkt 21 strona 7). W piśmie Konsorcjum KW - Hydrosprzęt z 14 maja 2018r. w pkt 6 oświadcza, iż będzie ponosił koszty napraw i przeglądów gwarancyjnych, ale jednocześnie wskazuje, że wymaganiem Zamawiającego było zapewnienie dostępności do serwisu pojazdu bazowego, a nie świadczenie usługi serwisowej bezpośrednio lub przez jakiegoś podwykonawcę.
- c. Innymi słowy KW - Hydrosprzęt zapewnia dostęp do serwisu producenta pojazdu bazowego, ale jednocześnie serwis ten nie będzie świadczył usługi serwisowej.
- Literalnie cytując pismo KW - Hydrosprzęt: *„Zamawiający określił, że wymaga od Wykonawcy zapewnienia dostępności do serwisu pojazdu bazowego, a nie świadczenia usługi serwisowej bezpośrednio lub przez jakiegoś podwykonawcę”* a zatem Konsorcjum KW - Hydrosprzęt uważa, że zapewnienie „dostępności serwisu” nie polega na tym by serwis wykonywał usługi serwisu.
 - Rozumienie SIWZ przedstawione wyżej jest błędne, gdyż placówki serwisowe mają wykonywać czynności serwisu.
 - Odwołujący wskazuje, iż KW - Hydrosprzęt albo nie będzie świadczył serwisu gwarancyjnego (jak wynika z pisma) albo (co też wynika z pisma) będzie wykorzystywało podmioty trzecie i będzie ponosiło koszty tych usług — tym samym zapewnienie o braku podwykonawców zawarte w ofercie jest nieprawdziwe.
 - Należy przywołać postanowienia OPZ pkt 21 (k. 7 OPZ), Konsorcjum KW-Hydrosprzęt przeoczyło, iż pełna treść tego wymogu brzmi: *Zamawiający wymaga zapewnienia przez Wykonawcę w okresie obowiązywania gwarancji na oferowane pojazdy, dostępu do serwisów pojazdu bazowego na terytorium RP w promieniu max. do 150 km od siedzib jednostek organizacyjnych Straży Granicznej. (...)*
*Zamawiający wymaga dostarczenia przez Wykonawcę wraz z pojazdami wykazu **serwisów uprawnionych do wykonywania zgodnie z postanowieniami umowy napraw gwarancyjnych pojazdów stanowiących przedmiot umowy.*** (wyróżnienie RK).

- Żadna z firm tworzących Konsorcjum KW - Hydrosprzęt nie jest podmiotem upoważnionym do serwisu Toyoty — przy założeniu, że faktycznie zaoferowano Toyotę - na terenie Rzeczypospolitej. A zatem, dla wykonywania zgodnie z postanowieniami umowy napraw gwarancyjnych koniecznym jest zapewnienie sobie udziału firm/firmy trzeciej, która — jako, że będzie wykonywać część zobowiązań kontraktowych wykonawcy — jest podwykonawcą.
- d. Podsumowując oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 albo 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy — gdyż informacja o podwykonawcach wprowadza Zamawiającego w błąd.

IV. Przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum KW - Hydrosprzęt z powodu czynu nieuczciwej konkurencji

1. Zgodnie z dyspozycją art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest:
„...działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. (...) w szczególności: (...) wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, (...) utrudnianie dostępu do rynku, (...).”
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. W ocenie odwołującego, podanie przez Konsorcjum KW - Hydrosprzęt błędnych a co najmniej nierzetelnych informacji o zaoferowanej kamerze termowizyjnej, podwykonawcach i punktowanych parametrach pojazdu jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, wprowadzającym w błąd co najmniej co do faktycznej treści oferty. Działanie takie ma na celu uzyskanie większej niż należna liczba punktów co w prosty sposób utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku.
4. Zamawiający opracował formularz oferty. Formularz ten miał być wypełniony przez wykonawców. Formularz zawierał informacje m.in. nt. pojazdu bazowego, punktowanych parametrów pojazdu, kamery termowizyjnej i o podwykonawcach — informacje te wprowadzają w błąd a zatem oferta powinna być odrzucona.

V. Przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum KW - Hydrosprzęt na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp.

1. Przedstawione wyżej okoliczności dotyczące zwłaszcza wątpliwości co do treści oferty uzasadniają jej odrzucenie, gdyż w przeciwnym razie, jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.
2. Uznanie, iż oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie innych przepisów oznaczać będzie de facto przyjęcie swoistej interpretacji SIWZ dokonanej przez Konsorcjum KW - Hydrosprzęt. Interpretacja ta jest jednak sprzeczna z obiektywnie pojętym interesem Zamawiającego i interesem państwa.
3. Subsumcja przywołanego artykułu musi zostać dokonana z uwzględnieniem ustawowych zadań Straży Granicznej.
 - a. Odwołujący jest zdania, iż przyjęcie przez Zamawiającego oferty, która nie podaje precyzyjnie tego co jest faktycznie zaoferowane naruszałoby bezpieczeństwo publiczne i jednocześnie naruszałoby istotny interes państwa.
 - b. Co więcej, z treści oferty Konsorcjum KW - Hydrosprzęt nie wynika, kto będzie wykonywał naprawy gwarancyjne, a z treści pisma z dnia 14 maja 2018r. można wnosić, iż Konsorcjum KW - Hydrosprzęt o ile uzyska zamówienie - nie przedstawi wykazu serwisów. Tym samym Straż Graniczna nie będzie wiedziała, gdzie trafiają jej samochody i tym samym nadzór nad tym kto i co dokładnie „robi przy samochodach” będzie niemożliwe lub utrudnione. Okoliczność ta narusza istotny interes bezpieczeństwa państwa.

Dnia 6 czerwca 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: (1) Korporacja Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hydrosprzęt Sp. j. W. K., E. K. z siedzibą Łąka Dolna gmina Trzciana wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Dnia 7 czerwca 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S. (ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 00-545 Warszawa) wnosząc o uwzględnienie odwołania.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 czerwca 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła brak skuteczności wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z przekroczeniem granic umocowania, udzielonego przez konsorcjanta – liderowi konsorcjum Korporacji Wschód Sp. z o.o. Do zgłoszenia przystąpienia zostało załączone pełnomocnictwo szczególne z dnia 09.04.2018 roku, udzielone do przedmiotowego przetargu, ustanawiające jako pełnomocnika spółkę Korporacja Wschód Sp. z o.o. reprezentowaną przez Prezesa Zarządu (reprezentacja jednoosobowa) w zakresie czynności w postępowaniu przetargowym i w procedurach przetargowych. Pełnomocnictwo zatem obejmuje umocowanie do czynności wykonywanych przed Zamawiającym, a nie Krajową Izbą Odwoławczą, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp to „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia (...)”; art. 15 ust. 1 Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający”. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zostało złożone w formie pisemnej, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy. Jednakże na moment zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, z dokumentów nie wynikało umocowanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu Wykonawcy Konsorcjum KW - Hydrosprzęt. Zgłaszający przystąpienie nie posiadał prawidłowego umocowania do zgłoszenia przystąpienia, ani również do wykonania jakiegokolwiek czynności w ramach wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zatem, w powyższym stanie faktycznym, Izba nie mogła uznać skuteczności zgłoszenia przystąpienia. Dla wzmocnienia argumentacji, Izba przywołuje również Postanowienie z dnia 11 czerwca 2015 roku Sądu Okręgowego w Warszawie Sygn. akt XXIII Ga 622/15 w zakresie skuteczności zgłaszanych przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone pisemnie oraz ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które to naruszenia miały wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp: *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba wskazuje, iż w związku z uwzględnieniem odwołania w pierwszej kolejności dokona analizy zarzutów uwzględnionych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzet pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Przedmiotem zamówienia nie jest wbrew twierdzeniom Zamawiającego jedynie dostawa fabrycznie nowych przewoźnych jednostek nadzoru bez gwarancji i serwisu gwarancyjnego. Argumentacja przytoczona przez Zamawiającego podczas rozprawy o braku objęcia przedmiotowego zamówienia gwarancją i serwisem gwarancyjnym nie znajduje potwierdzenia w zapisach dokumentacji postępowania. Przedmiot zamówienia został precyzyjnie określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w której to Zamawiający szczegółowo odniósł się do wymaganych warunków gwarancji oraz świadczenia serwisu gwarancyjnego. W zakresie gwarancji Zamawiający wymagał, aby gwarantem był wykonawca. W pkt. IV. 21 Opisu Przedmiot Zamówienia (dalej OPZ) – Dostępność serwisu - Zamawiający wymagał zapewnienia przez wykonawcę w okresie obowiązywania gwarancji na oferowane pojazdy, dostępu do serwisu pojazdu bazowego na terytorium RP, w promieniu max. do 150 km od siedzib jednostek organizacyjnych Straży Granicznej (oddziałów SG, ośrodków SG). W ocenie Izby poprzez „zapewnienie dostępu do serwisu” należy rozumieć realizację usług serwisu przez wykonawcę samodzielnie, lub zaoferowanie realizacji serwisu przez inny

podmiot, który będzie świadczył usługi serwisowe. W drugim przypadku, wykonawca zapewniając realizacją usługi przez inny podmiot, zobowiązany jest zagwarantować Zamawiającemu świadczenie takiej usługi, zatem musi on z podmiotem który będzie wykonywał usługę serwisową zawrzeć umowę w formie pisemnej. Jeżeli zatem świadczenie usług serwisowych będących częścią zamówienia nie jest realizowane samodzielnie przez wykonawcę, lecz poprzez inny podmiot, z którym wykonawca zawarł pisemną umowę, a usługa ta realizowana jest odpłatnie, to okoliczność ta wpisuje się w definicję umowy o podwykonawstwo, określonej w art. 2 pkt. 9b) Pzp. Art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, stanowi, że przez umowę o podwykonawstwo *należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami*. Tym samym na gruncie przepisów ustawy Pzp, o podwykonawstwie można mówić w sytuacji, gdy część przedmiotu zamówienia realizowana jest przez podmiot inny aniżeli wykonawca.

Zamawiający w SIWZ w pkt IV. 7 dookreślił, iż wykonawca zobowiązany jest do wskazania części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. W takim przypadku wykonawca winien wskazać podwykonawcę oraz część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy. Wykonawca KW - Hydrosprzęt oświadczył w ofercie, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom realizacji zamówienia, co oznacza, iż całość zamówienia wykona samodzielnie, w tym również świadczenie usług serwisowych. Odwołujący podczas rozprawy wykazał, iż nie jest możliwe aby KW - Hydrostrzęt samodzielnie wykonywał usługi serwisu gwarancyjnego z uwagi na warunek postawiony przez Zamawiającego, zakreślający odległość punktów serwisowych max. do 150 km od siedzib jednostek organizacyjnych straży granicznej (OPZ pkt 4.IV.ppkt 21). Żaden z członków Konsorcjum (KW - Hydrosprzęt) nie posiada swoich punktów serwisowych w promieniu max. do 150 km. od punktów wskazanych przez Zamawiającego. Ponadto, podczas rozprawy Zamawiający wskazał, iż wymóg ten był celowym zabiegiem, ponieważ w takich odległościach znajdują się punkty serwisowe producentów pojazdów bazowych. Dodał, iż usługi te – jako nieobjęte przedmiotem zamówienia – będą świadczone odpłatnie, przez inny podmiot niż wykonawca. Argumentacja ta, jednoznacznie wskazuje, iż usługi serwisu gwarancyjnego będą realizowane przez inny podmiot niż wykonawca, co jest niezgodne z oświadczeniem złożonym w ofercie o realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców. Ponadto podmiot ten będzie wpisywał się w definicję podwykonawcy w rozumieniu prawa zamówień publicznych.

Z zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.*

2 pkt 3. Zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Wskazać należy, że oświadczenie złożone w ofercie co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty, albowiem udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego. Z tego względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści (wyrok sygn. akt KIO 221/16). Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 września 2016 r., sygn. akt: XXIII Ga 345/16: „Stanowisko Sądu Okręgowego jest jednoznaczne, oświadczenie zawarte w pkt 10 formularza oferty stanowiło integralny element oferty. Nie było to - jak stwierdziła KIO - jedynie oświadczenie o sposobie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który można w dowolnym momencie zmieniać. Na ofertę składa się nie tylko oferowana przez potencjalnego wykonawcę cena czy też wskazany czas wykonania umowy, lecz także sposób wykonania umowy, czy to siłami własnymi, czy też w rzeczywistości w oparciu o potencjał innego podmiotu, którego w ofercie nie wymieniono. Nie można mówić także o zaniechaniu czy też pominięciu tego aspektu w ofercie, a następnie na skutek uzupełnienia dokumentacji doprecyzowania. BBF złożyła oświadczenie nie tylko wiedzy, ale także woli samodzielnego wykonania umowy, poprzez jednoznaczne zaprzeczenie (skreślenie w formularzu oferty) o korzystaniu w jakiegokolwiek formie z zasobów, potencjału podmiotu trzeciego.”

W związku z powyższym złożoną ofertę ocenić należało, jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 15 maja 2015 r. KIO 898/15 oraz z 3 stycznia 2017 r. KIO 2386/16.

Dodatkowo wskazać należy, iż w orzecnictwie Izby prezentowany jest pogląd zgodnie, z którym informacje dotyczące nazw (firm) podwykonawców nie stanowią treści oferty w rozumieniu przepisów m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 192/17).

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawcy w formularzu oferty podali producenta, markę i typ oferowanej kamery termowizyjnej. Wykonawca Konsorcjum KW - Hydrosprzęt wskazał, iż oferuje kamerę termowizyjną OPTIX HeatSeek IR. Odwołujący zarzucił, iż Konsorcjum nie wskazało typu, bowiem oferowana kamera produkowana jest w typach oznaczonych literami „H”, „L” lub „M”, które różnią się od siebie parametrami i ceną. Podczas rozprawy przedłożył wydruki ze stron internetowych producenta kamer oraz wykonawcy, dotyczące parametrów oferowanych kamer. Z załączonych informacji wynika, że oznaczenia „H”, „L” lub „M” odnoszą się do modeli, w zależności od zastosowanych obiektywów. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego, typ to m.in. wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów, ludzi, zjawisk itp. (...) (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/typ.html> dostęp 25.06.2018r), natomiast model to m.in. wzór, według którego coś jest lub ma być wykonane, typ lub fason czegoś (...) (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/model.html> dostęp 25.06.2018r.). Analizując powyższe definicje, za zasadne w ocenie Izby jest przyjęcie w niniejszej sprawie za równoważne określenia „model” i „typ”. Zatem pomimo, iż w informacjach technicznych producent posługuje się zwrotem „model” to można je utożsamiać z wymaganym przez Zamawiającego określeniem „typ”. Podkreślić należy, iż podczas rozprawy Zamawiający nie kwestionował możliwości rozumienia określenia „model” i „typ” jako tożsame czy równoważne.

Zamawiający wezwał wykonawcę KW - Hydrosprzęt pismem z dnia 25 kwietnia 2018 roku w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ wyników badań laboratoryjnych, poświadczających spełnienie wymogów oferowanego typu kamery termowizyjnej, określonych w pkt 6.12 ppkt 1 i 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia. W terminie wyznaczonym, Wykonawca złożył wyniki badań laboratoryjnych dla kamery termowizyjnej OPTIX HeatSeekIR „M”. W odpowiedzi, na pytanie kierowane przez Zamawiającego do producenta oferowanych kamer, producent potwierdził, iż na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia Korporacja Wschód (konsorcjant wykonawcy) zakupiło kamerę OPTIX HeatSeekIR model „M”. Zatem wykonawca, w wyniku złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokonał modyfikacji oferowanej kamery, w zakresie dookreślenia typu (modelu). Poprzez złożenie dokumentów – wyników badań laboratoryjnych z podaniem typu (modelu), którego nie było w ofercie, uzupełnił ofertę o dodatkowe, istotne informacje techniczne wskazujące na zastosowane obiektywy, różniące się między sobą (w zależności od typu, modelu) ogniskową i polem widzenia. Wprowadzona modyfikacja stanowi zmianę treści oferty dokonaną w wyniku negocjacji między Zamawiającym a Wykonawcą, która zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. drugie jest niedopuszczalna. Przywołać należy tu orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 *Archus Sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358 zgodnie z którym „Ani prawo unijne, ani prawo krajowe nie pozostawia

wątpliwości, że uzupełnienie i wyjaśnienia dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie może skutkować zmianą treści oferty”. Na gruncie prawa unijnego wyraz tej zasadzie Trybunał Sprawiedliwości dał również w orzeczeniu w sprawie SAG ELV Slovensko (orzeczenia z dnia 29 marca 2012 roku w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie, ECLI:EU:C:2012:191. Zdaniem Trybunału zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy wykonawcy (A. Kowalski „Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009-2017” Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017).

Podsumowując, Izba wskazuje, iż brak podania w ofercie informacji dotyczącej typu oferowanej kamery, wymaganego w treści SIWZ poprzez który następuje dookreślenie zastosowanego obiektywu (ogniskowa, pole widzenia), skutkuje uznaniem, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i koniecznością odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powyższy brak, nie może zostać uzupełniony przez wykonawcę, bowiem uzupełnienie takie stanowiłoby istotną zmianę treści pierwotnej oferty, zrównaną w skutkach z przedstawieniem nowej oferty.

Izba wskazuje, iż zarzut braku spełnienia parametru w zakresie pomiaru celu jest chybiony. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż SIWZ w pkt. 6.12 OPZ zawierała wymóg, że badania mają być wykonane dla celu o wielkości 160 cm na 60 cm, zatem Wykonawca przedstawiając wyniki badań dla celu 170 cm na 50 cm wykazuje niezgodność kamer z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z pkt 6.12 OPZ Zamawiający wymagał aby kamera posiadała parametry detekcyjne przy założeniu wykrycia pojedynczej osoby – sylwetki o wysokości 160 cm i szerokości 60 cm (...). Z zapisów SIWZ wyraźnie wynika, że kamera ma wykryć pojedynczą osobę o wymiarach 160 cm na 60 cm, a nie że wyniki badań mają być przeprowadzone dla celu o takich wymiarach, co stanowi zasadniczą różnicę. Wykonawca KW - Hydrosprężet przedstawił wyniki badań potwierdzające rozpoznanie osoby–celu o wymiarach 170 cm na 50 cm. Z analizy wyników badań oraz wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych w tym zakresie na rozprawie wynika, że potwierdzają one spełnienie parametrów o wymaganiach bardziej rygorystycznych niż stawiane przez Zamawiającego. Zatem Zamawiający słusznie uznał, że skoro potwierdzony został parametr techniczny o większym rygorze, to parametr o rygorze mniejszym również jest spełniony. Wywód swój uzasadniał przedstawiając ustnie wyliczenia oparte o zasadę proporcji.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. w zakresie spełnienia parametru dotyczącego pomiaru celu, bowiem załączone przez KW - Hydrosprzęt wyniki badań potwierdziły spełnienie wymaganego parametru.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty w zakresie braku przez Wykonawcę zezwolenia od Producenta pojazdu bazowego lub Generalnego importera w Polsce do wykonywania zabudów specjalnych zgodnie z jego technologią, bez utraty gwarancji na pojazd bazowy, o którym jest mowa w pkt 2.15 OPZ, w pierwszej kolejności należy wskazać iż jest to warunek podmiotowy, dotyczący wykonawcy, pomimo iż został on umiejscowiony w opisie przedmiotu zamówienia. Należałoby raczej rozważyć możliwość wykluczenia wykonawcy niż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Wskazać jednak należy, iż Zamawiający nie sformułował takiego wymogu w ramach warunków udziału w postępowaniu. Nie określił również na jakim etapie postępowania Wykonawca ma posiadać zezwolenie producenta. Nie wskazał również czy wymóg ten dotyczy wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienie, czy też jedynie tego, któremu zamówienie zostanie udzielone – a jeśli tak, to czy wykonawca musi je posiadać jeszcze przed zawarciem umowy np. po wyborze oferty najkorzystniejszej, czy też może je uzyskać po jej zawarciu. Podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, iż powyższy wymóg dotyczy wyłącznie wykonawcy, któremu zamówienie zostanie udzielone, jednakże taka argumentacja nie znajduje potwierdzenia w zapisach w SIWZ. Przy braku doprecyzowania wymogu, należałoby wyprowadzić wniosek, iż zezwolenie od producenta pojazdu bazowego winien posiadać każdy wykonawca, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie stawiając powyższego wymogu w ramach warunku udziału w postępowaniu, nie wskazując sposobu jego weryfikacji, nie może wykluczyć wykonawcy powołując się na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zażądał w tym zakresie żadnego dokumentu wystawionego przez producenta pojazdu bazowego ani oświadczenia złożonego przez Wykonawcę.

Zatem nie mając możliwości oceny, czy Wykonawca posiada wymagane zezwolenie, nie można stwierdzić czy podlega on wykluczeniu lub czy oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. Nie można bowiem wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w związku z nieprecyzyjnymi zapisami w SIWZ.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty w zakresie braku wskazania pojazdu bazowego, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Zgodnie z wymogiem zawartym w formularzu oferty Wykonawca miał podać markę, typ i oznaczenie handlowe oraz konkretne, wskazane parametry dla pojazdu po zabudowie - a nie dla pojazdu bazowego. Pojazd

po zabudowie zostanie dopiero wyprodukowany w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia. Zatem dane, które wykonawca miał podać w ofercie nie dotyczą pojazdu bazowego przed zabudową, lecz pojazdu po zabudowie. Dla pojazdu takiego – jak wskazał zamawiający podczas rozprawy – nie ma jeszcze karty katalogowej. Podane w ofercie parametry mają charakter deklaratoryjny, bowiem odnoszą się do parametrów, których osiągnięcie i spełnienie deklaruje i gwarantuje wykonawca w ofercie. Niewłaściwe jest również odniesienie w zakresie podanej marki, typu i oznaczenia handlowego do pojazdu bazowego i prezentowanie argumentacji, że skoro pojazd taki nie istnieje to Zamawiający nie wie co kupuje. Zamawiający nie wymagał podania nazwy i parametrów technicznych pojazdu bazowego, (który jest jedynie bazą, podstawą do wyprodukowania pojazdu po zabudowie) ale pojazdu po zabudowie. Zatem argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie utożsamiająca pojazd przed zabudową z pojazdem po zabudowie jest chybiona, a stawiany zarzut nie został potwierdzony.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KW - Hydrosprzet pomimo tego, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.* Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny, brak władztwa zamawiającego w stosunku do wykonawców potwierdza odesłanie zawarte w art. 14 Pzp, na podstawie którego *do czynności wykonawców i zamawiającego w toku postępowania, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego (...) jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Pojęcie lekkomyślności użyte w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. nie jest znane prawu cywilnemu. Doktryna prawa karnego definiuje lekkomyślność jako postać winy nieumyślnej (świadoma wina nieumyślna) stan, w którym sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zarówno na gruncie prawa karnego, jak i prawa cywilnego jest nieumyślną postacią winy. Niedbalstwo rozumiane cywilistycznie polega na niedołożeniu należytej staranności.

Przenosząc te rozważania na grunt przepisów ustawy Pzp, należy uznać że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie

wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można mieć wątpliwości, że przywołany przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należytą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia (por. wyrok KIO 1232/17 z dnia 10 lipca 2017r.).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba wyjaśnia, iż przepis ten zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Ich skutkiem zaś winno być pozostawanie zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania (dosłownie: istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sadu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sadu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, obowiązek aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. (por. wyrok KIO 382/17 wyrok z dnia 20 marca 2017r.)

W ocenie Izby, mając na uwadze wykazany przez Odwołującego stan faktyczny dotyczący konieczności świadczenia usług serwisowych przez podwykonawcę, pozwala na przypisanie wykonawcy KW - Hydrosręt niedbalstwa lub braku należytej staranności przy składaniu oświadczenia, w zakresie realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców. Bowiem jeżeli wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym Zamawiającego w błąd, co do sposobu realizacji zamówienia.

Za wprowadzające w błąd w wyniku niedbalstwa Izba uznała również brak wskazania typu oferowanej kamery termowizyjnej. O istotności podanych informacji i ich wpływie na decyzje podejmowane przez Zamawiającego świadczy fakt, iż oferta podlegająca odrzuceniu na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp., została uznana za najkorzystniejszą.

Wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzić należy naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp. zgodnie z którym: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą* poprzez zaniechanie uznania oferty KW - Hydrospręż za odrzuconą oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert* poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrospręż pomimo tego, iż wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania.

W ocenie Izby zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. w zakresie braku wskazania pojazdu bazowego oraz niespełnienia parametrów dotyczących badanego celu przez kamerę termowizyjną nie został potwierdzony, bowiem oferta w tym zakresie jest zgodna z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 oraz 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia ww. przepisów Izba uznała za zasadny, jednakże w ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, ich naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika nr 7 do pisma Wykonawcy KW - Hydrospręż z dnia 30 kwietnia 2018 roku (wyniki badań laboratoryjnych), które zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, uznaną przez Zamawiającego jako zastrzeżona nieskutecznie, należy uznać za naruszenie zasady jawności, wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp. zgodnie z którym *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Ponadto, zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie*. Ustawa Prawo zamówień publicznych, jako ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem, przewiduje zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczenie to jest ściśle uzależnione od czynności wykonawcy, których prawidłowe wykonanie skutkuje zakazem ich ujawnienia. Ustawa w art. 8 ust. 3 Pzp. nakłada na wykonawcę obowiązek

zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane oraz wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca KW - Hydrosprzęt objął załącznik nr 7 do pisma z dnia 30 kwietnia 2018 roku (wyniki badań laboratoryjnych) tajemnicą przedsiębiorstwa, którą Zamawiający uznał za zastrzeżoną nieskutecznie. Wykonawca nie skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej, przez co zaakceptował decyzję Zamawiającego, potwierdzając jej poprawność. W wyniku odtajnienia, załącznik nr 7 (wyniki badań laboratoryjnych) utracił status dokumentu niepodlegającego ujawnieniu, zatem stał się dokumentem jawnym i winien być traktowany przez Zamawiającego jako dokument jawny. Dla oceny powyższego stanu faktycznego, bez znaczenia jest ponowne złożenie przez Wykonawcę wyników badań, tym razem z usuniętymi informacjami dotyczącymi części danych technicznych, wraz ze złożeniem oświadczenia o wycofaniu poprzednio złożonego oświadczenia z dnia 30 kwietnia 2018 r. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje możliwości wycofania dokumentów składanych w jej trakcie. W takim przypadku zastosowanie winien znaleźć art. 14 ust. 1 Pzp odwołujący do przepisów k.c. Zgodnie z art. 61 § 1. k.c. *Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.* Zatem aby odwołanie pierwszego oświadczenia o złożeniu wyników badań (tu wycofanie oświadczenia) zostało dokonane skutecznie, winno dotrzeć do Zamawiającego jednocześnie z oświadczeniem odwoływanym lub wcześniej. W analizowanym stanie faktycznym zaistniała odmienna sytuacja. Oświadczenie o przekazaniu wyników badań zostało złożone Zamawiającemu w dniu 30 kwietnia 2018r., natomiast jego odwołanie (wycofanie) i zastąpienie go innym nastąpiło w dniu 7 maja 2018r. W tym przypadku nie można powoływać się na skuteczne odwołanie (wycofanie) oświadczenia.

Złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o wycofaniu dokumentu, nie oznacza iż fakt ten może nie zostać odnotowany w protokole z postępowania. Zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp. *Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.* Zatem oba dokumenty jako złożone w postępowaniu przez Wykonawcę, winny być ujawnione w protokole z postępowania jako załączniki. Ponadto, poprzez uznanie przez Zamawiającego za nieskutecznie zastrzeżona tajemnicę przedsiębiorstwa stały się jawne.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu*

postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem Załącznik nr 7 (wyniki badań laboratoryjnych) jako dokument jawny winien zostać udostępniony wykonawcom po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Reasumując, wobec braku wskazania powyższych dokumentów w protokole postępowania oraz zaniechania ich ujawnienia Odwołującemu, potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 oraz 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprężet pomimo tego, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej UZNK).

W odniesieniu do powyższego zarzutu, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK *jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Zgodnie z art. 3 ust 2 UZNK *Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.*

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01).

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł, że wykonawca KW - Hydrosprzet dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez podanie błędnych, nierzetelnych informacji o zaoferowanej kamerze termowizyjnej, podwykonawcach i punktowanych parametrach pojazdu, które to jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz wprowadzającym w błąd co najmniej co do faktycznej treści oferty. Ponadto, działanie to ma na celu uzyskanie większej niż należąca liczba punktów, co w prosty sposób utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku.

W ocenie Izby nie można przyjąć argumentacji Odwołującego za właściwą. Podanie w ofercie informacji o realizacji zamówienia samodzielnie, w sytuacji gdy miało by być ono wykonywane z udziałem podwykonawców w żaden sposób nie zagraża ani nie narusza interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, nie stanowi również utrudnienia dostępu do rynku. Podobnie należy ocenić podanie informacji dotyczących oferowanej kamery. Brak podania w ofercie typu kamery a następnie wskazanie go w dokumencie z badań laboratoryjnych nie spełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji. W analizowanej sprawie samo wprowadzenie w błąd co do faktycznej treści oferty nie wpisuje się w przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nie zagraża lub nie narusza interesu innego przedsiębiorcy lub klienta czy utrudnia dostęp do rynku. Kwestia wprowadzenia w błąd została już omówiona w ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp. Nie można również zgodzić się z Odwołującym co do argumentacji w zakresie przyznawania punktów dotyczących danych technicznych pojazdu. Przyznawane punkty odnosiły się do pojazdu po zabudowie, a nie jak błędnie twierdził Odwołujący do pojazdu bazowego (czyli przez zabudowę). Nie pozostaje to zatem w żadnym związku z czynem nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się takie okoliczności jak manipulacje ceną, czy kryteriami oceny ofert, które stanowią podstawę wyboru danego wykonawcy i w sposób oczywisty wskazują na zachowanie nieuczciwe, powodujące wyeliminowanie z rynku innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie wystąpiła żadna z powyższych przesłanek natomiast Odwołujący nie udowodnił, że działanie wykonawcy KW - Hydrosprzet stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KW - Hydrosprzet pomimo tego, iż jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

Podanie w ofercie informacji wprowadzających w błąd w zakresie realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców oraz złożenie przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 dokumentu (wyników badań laboratoryjnych) zawierającego pełną informację o oferowanych kamerach termowizyjnych (w stosunku do treści zawartej w ofercie) w żaden sposób nie może naruszać bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, którego to bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Ponadto, nie można zgodzić się z Odwołującym, iż z treści pisma wykonawcy z dnia 14 maja 2018 roku można wnosić, iż o ile wykonawca uzyska zamówienie, nie przedstawi wykazu serwisów, bowiem treść pisma nie posusza powyższego. Wskazać należy, iż zgodnie z zapisami SIWZ, wykaz serwisów uprawnionych do wykonywania napraw gwarancyjnych Wykonawca miał dostarczyć wraz z pojazdami.

Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że przyjęcie oferty KW - Hydrosprężet naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Argumentacja oparta na błędnych założeniach nie może stanowić dowodu.

Zatem powyższy zarzut nie może zostać uwzględniony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 i 91 ust.1 Pzp. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy) oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy.

Powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Z kolei zgodnie z art. 91 Ust 1 Pzp. *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy z naruszeniem powyższych przepisów. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. Ponadto oferta spełniała przesłanki skutkujące jej odrzuceniu na post. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: