

Sygn. akt: KIO 261/23

**WYROK**  
z dnia 20 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 roku przez Odwołującego: **Elmess Metering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie**

przy udziale Wykonawcy: **ANDRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 261/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ANDRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, która to oferta podlega odrzuceniu oraz uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie podlegającego wykluczeniu z postępowania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ANDRA Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocników,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem 1/2 wartości wpisu od odwołania oraz 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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 - PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej — modemy komunikacyjne do pozyskiwania danych pomiarowych z liczników energii elektrycznej” (Numer postępowania: POST/DYS/OR/OZ/10383/2022), dalej jako „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą Pzp” lub „Prawem zamówień publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr: 2022/S 111-313726 w dniu 10 czerwca 2022 roku.

W dniu 30 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Elmess Metering Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu (zwanego dalej Odwołującym) od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku ze wskazanymi niżej przepisami ustawy Pzp:

- 1) art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta podlega odrzuceniu.
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. podlegającego wykluczeniu z postępowania.
- 4) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez ANDRA Sp. z o.o.

4) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na wskazanych powyżej i rozwiniętych w uzasadnieniu czynnościach oraz zaniechaniach dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwany także: ANDRA), które w konsekwencji doprowadziły do wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwi uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

**I. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.**

W dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez ANDRA Sp. z o.o. wraz z punktacją przyznaną w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego było bezprawne, ponieważ oferta uznana za najkorzystniejszą podlega odrzuceniu w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie powinny podlegać ocenie punktowej w ramach kryteriów oceny ofert z racji istnienia przesłanek do ich odrzucenia, stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych wyrażonym w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, czyli równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Dodatkowo prowadzi do naruszenia zasady udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 17 ust. 2). Zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji zaistnienia którejkolwiek z przestank określonych przepisami Ustawy i w konsekwencji ocena takiej oferty i jej wybór będzie niezgodny z Ustawą, a zawarcie umowy będzie wbrew dyspozycji art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zważywszy powyższe należy uznać zarzut za zasadny.

**II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 Ustawy PZP.**

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie „warunków zamówienia”

zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, zgodnie z którym są to „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Z powyższego wynika, że art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia, jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Przykładem niezgodności z warunkami zamówienia jest zatem zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia.

W prowadzonym Postępowaniu Zamawiający szczegółowo opisał swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego zostały sprecyzowane w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia. Z przygotowanych przez Zamawiającego dokumentów wynikają wymagane przez Zamawiającego ilości, funkcjonalności oraz parametry techniczne zamawianych modemów komunikacyjnych do pozyskiwania danych pomiarowych z liczników energii elektrycznej. Zadaniem wykonawców było dobranie odpowiedniego produktu pod sprecyzowane wymagania Zamawiającego.

W wykazie dokumentów niejawnych przekazanych przez ANDRA zostały wymienione, m.in.:

- 1) instrukcje i schematy odnoszące się do modelu urządzenia Comander UP145
- 2) instrukcja i licencja oprogramowania Commander Connect
- 3) instrukcja instalacji sterownika Quectel ECS200S

Na tej podstawie Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ANDRA w swojej ofercie zaoferował:

- 1) model urządzenia: Modem Commander UP145,
- 2) oprogramowanie narzędziowe: Commander Connect, moduł komunikacyjny, chińskiego producenta Quectel, z rodziny EC200 zastosowany w modemie: EC200S

Mając na uwadze powyższe zestawienie urządzeń, Odwołujący oparł zarzuty dotyczące treści oferty złożonej przez ANDRA nieodpowiadającej warunkom zamówienia określonym przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) w zakresie:

**1) punktu C3 Załącznika 1 do SWZ.**

W punkcie C3 Załącznika 1 do SWZ Zamawiający zawarł wymóg: „wszystkie metody dostępu muszą zostać opisane w dokumentacji przekazanej Zamawiającemu”.

ANDRA korzysta przy budowie swoich urządzeń z gotowych prefabrykowanych modułów komunikacyjnych dostarczanych i wspieranych przez chińskiego producenta Quectel. Moduły te są platformami otwartymi, przez co są uniwersalne do zastosowania w urządzeniach działających w technologii GSM. Firma Quectel zapewnia dostęp do modułów poprzez kilka poziomów w zależności od użytego (zainstalowanego) przez użytkownika sterownika.

Jeden z takich sterowników wykorzystuje i udostępnia ANDRA, co wynika ze wskazanej wyżej listy dokumentów przekazanych Zamawiającemu wraz z ofertą przetargową (dokument: Instrukcja\_instalacji\_sterownika\_Quectel\_EC200S.pdf).

Niezależnie od treści załączonego dokumentu, który został utajniony przez ANDRA, w opinii Odwołującego z całą pewnością nie odnosi się on do wszystkich sterowników i tym samym metod dostępu do urządzenia. Firma Quectel na swojej stronie internetowej udostępnia ogólnodostępne oprogramowanie do modułów serii EC200x, tj. w tym także EC200S wykorzystanym w urządzeniu Comander UP145, co zostało opisane w dalszej części odwołania. Tym samym, Odwołujący stwierdza, że istnieją i dostępne są inne metody dostępu do modemu, które nie zostały uwzględnione w przekazanej przez ANDRA dokumentacji i które mogą być stosowane alternatywnie do oprogramowania dostarczonego przez ANDRA.

**2) punktu A30 Załącznika 1 do SWZ**

W punkcie A30 Zamawiający zawarł wymóg:

*„Dostęp do odczytu konfiguracji i zmiany konfiguracji urządzenia za pomocą hasła zgodnie z poniższą polityką haseł:*

*Wymagania co do złożoności hasła użytkownika (muszą być wymuszone przez Oprogramowanie Narzędziowe):*

- *Co najmniej jedna mała lub wielka litera alfabetu,*
- *Co najmniej jeden znak numeryczny,*
- *Co najmniej jeden znak specjalny \* (,),*
- *Minimalna długość haseł: 10 znaków.”*

Nieprzekazanie przez ANDRA informacji o innych metodach dostępu niż oprogramowanie dostarczone przez powoduje ukrycie innych wad urządzenia.

Wykorzystanie innych metod dostępu do modułu Quectel wskazanych w dalszej części

odwołania pozwala na dostęp do konfiguracji urządzenia po podłączeniu go kablem USB do komputera. Urządzenie po nawiązaniu komunikacji:

- przyjmuje komendy,
- odpowiada na komendy,
- zmienia parametry pracy zgodnie z zadanymi komendami), z komputerem bez podania hasła, tym samym nie spełniając wymogów punktu A30

### 3) punktu A6 Załącznika 1 do SWZ

W punkcie A6 Zamawiający zawarł wymóg:

„6. Rejestracja dziennika zdarzeń i możliwość jego pełnego odczytu zdalnie i lokalnie.

Zamawiający wymaga rejestracji w dzienniku zdarzeń, co najmniej następujących zdarzeń:

- 6.1. parametryzacji,
- 6.2. synchronizacji,
- 6.3. odczytu licznika(ów),
- 6.4. połączeń z serwerami NTP
- 6.5. trybie pracy.

Zamawiający wymaga, aby urządzenie gromadziło zarejestrowane zdarzenia we wbudowanej nieulotnej pamięci ze znacznikiem czasu i datą ich wystąpienia. Zamawiający wymaga odczytu zdalnie i lokalnie pełnego dziennika zdarzeń modemu oraz dopuszcza możliwość odczytu dziennika zdarzeń za dowolny konfigurowalny każdorazowo okres”.

Kolejna niezgodność z warunkami zamówienia polega na możliwości parametryzacji urządzenia z pominięciem oprogramowania narzędziowego Andra Commander Connect, w przypadku kwestionowanego urządzenia poprzez oprogramowanie ogólnodostępne np. Quectel lub inne proste i powszechne komunikatory TELNET czy PUTTY.

Brak wymaganej konieczności używania oprogramowania dostarczonego wraz z ofertą, powoduje, że wiele ogólnodostępnych działań na urządzeniu dokonuje się z pominięciem wymagań rejestracji tych zmian w dzienniku zdarzeń, tym samym nie spełniając wymagania punktu A6. Innymi słowy — możliwe jest „wejście” do urządzenia przy użyciu ogólnodostępnego oprogramowania (np. Quectel QNavigator), a działania nie zostaną w takim przypadku zarejestrowane w dzienniku zdarzeń.

Powyższe wywody oparte są o ogólnodostępne materiały dostępne do pobrania nieodpłatnie na stronie internetowej producenta Quectel, w tym karty katalogowe, instrukcje oprogramowania oraz oprogramowanie narzędziowe do modułów Quectel, w tym serii EC200. Zgodnie z tą dokumentacją, sterownik po zainstalowaniu w systemie Windows

oraz podłączeniu urządzenia z tym modulem do komputera otwiera następujące porty COM z otwartym dostępem bezpośrednim do modułu EC200.

Z powyższego wynika, że za pomocą dowolnego terminala komunikacyjnego lub aplikacji dostarczonej przez firmę Quectel istnieje niezabezpieczony dostęp do konfiguracji modułu. Używając portu opisanego jako „USB AT port” uzyskujemy dostęp do komend AT modułu Quectel.

Za pomocą dostępu „USB AT port” można wykazać, że urządzenie nie spełnia następujących wymagań, a mianowicie:

- 1) Rejestracji w Dzienniku Zdarzeń niektórych zdarzeń, o których mowa w pkt A6 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ). Niemożność ta dotyczy rejestracji przypadków parametryzacji (ppkt 6.1) oraz połączeń z serwerami NTP (ppkt 6.4). Zamawiający wymagał, aby „urządzenie gromadziło zarejestrowane zdarzenia we wbudowanej nieulotnej pamięci ze znacznikiem czasu i datą ich wystąpienia”. Natomiast za pomocą opisanego wyżej dostępu „USB AT port” możemy zmieniać parametry urządzenia, takie jak pin karty SIM, APN (punkt dostępowy do sieci), odczytać IP urządzenia, nawiązać połączenie z serwerem NTP — ale zmiany te nie zostaną zapisane w dzienniku zdarzeń. Z faktu, iż komunikujemy się bezpośrednio z modulem bez udziału aplikacji producenta wynika, że zmiany tych parametrów nie zostaną zapisane.
- 2) Dostępu do odczytu konfiguracji i zmiany konfiguracji urządzenia za pomocą hasła, zgodnie z określoną przez Zamawiającego polityką haseł, o czym mowa w pkt A30 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ). Zdaniem Odwołującego opisanego wyżej dostęp „USB AT port” nie jest zabezpieczony jakimkolwiek hasłem.
- 3) Opisanie wszystkich metod dostępu w dokumentacji przekazanej Zamawiającemu zgodnie w pkt C3 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) dotyczącej bezpieczeństwa modemu.

Firma Quectel nie udostępnia narzędzia do zabezpieczenia portu „USB AT port”, a zatem przekazana Zamawiającemu dokumentacja producenta na pewno nie zawiera opisu dostępu przez „USB AT port”, ponieważ byłoby to wprost przyznanie, że istnieje niezabezpieczony dostęp.

Jak z powyższego wynika, Zamawiający wymagał kilku poziomów zabezpieczenia dostępu: rejestratora zdarzeń, zabezpieczenia odczytu i zmiany konfiguracji, urządzenia za pomocą hasła zgodnym z polityką haseł oraz przekazania opisu wszystkich metod dostępu



do modemu. Możliwość dostępu do modułu poprzez „USB AT port” jako jedna z metod dostępu powinna być opisana w przekazanej Zamawiającemu dokumentacji. Nawet jeśli taki opis został przekazany Zamawiającemu, to w opinii Odwołującego nie zawiera on rzetelnych i prawdziwych informacji, ponieważ te musiałyby wskazywać, że istnieje możliwość dokonywania przy użyciu „USB AT port” - bez rejestracji w dzienniku zdarzeń - zmian parametrów urządzenia, takich jak pin karty SIM, APN (punkt dostępowy do sieci), możliwość odczytania IP urządzenia, czy też nawiązania połączenia z serwerem NTP.

Odwołujący zwraca uwagę, że w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach na dostawy modułów komunikacyjnych do liczników, Zamawiający użył specyfikacji technicznej bliźniaczej (z pominięciem pasma komunikacji LTE 450 MHz) do specyfikacji Postępowania, którego dotyczy odwołanie.

We wszystkich postępowaniach ANDRA oferowała urządzenie UP140 wraz z modułem komunikacyjnym również dostarczonym przez firmę Quectel. Wiedza o tym fakcie jest powszechna i wynika z faktu, iż większość postępowań wygrała firma ANDRA Sp. z o.o. oferując produkt o nazwie Commander UP140. Ponadto, po rozpoczęciu dostaw urządzenia Commander UP140 zaczęły pojawiać się w układach pomiarowych wraz z dostarczonymi przez Odwołującego licznikami, w przypadku których Odwołujący niejednokrotnie był proszony o przeprowadzanie analiz pracy urządzeń i rozwiązywanie problemów komunikacyjnych. W toku takich prac, Odwołujący powziął informacje dotyczące działania urządzenia UP140 oraz problemach technicznych z nim związanymi i kompromisami poczynionymi na rzecz znacznie niższej ceny. Jak wyżej wspomniano Zamawiający ogłaszając obecne postępowanie posłużył się specyfikacją techniczną z poprzednich postępowań zmieniając ją jedynie w zakresie wymaganej technologii komunikacji, co wymusiło na dostawcy dotychczasowego rozwiązania przygotowanie pewnych zmian w urządzeniu. Zmiana w wymaganiach dotyczyła obsługi nowego pasma LTE450 MHz. Dotychczasowo używany w urządzeniach Commander UP140 moduł komunikacyjnych Quectel EC91, musiał zostać zastąpiony przez moduł obsługujący nowe wymagane pasmo. Z perspektywy ANDRA, naturalną decyzją w kontekście kosztów zmiany była wymiana modułu komunikacyjnego na moduł z tej samej rodziny, tego samego producenta. Tak też Wykonawca ANDRA Sp. z o.o. uczynił - dokonał zmiany modułu Quectel EG91 na EC200S. W ten sposób powstało urządzenie o nazwie Commander UP145, a ciągłość nazwy sugeruje, iż jest to dokładnie ta sama platforma co Commander UP140.

Z uwagi na powyższą analogię, możliwe stało się sformułowanie zarzutów wobec oferowanego w postępowaniu urządzenia Commander UP145 pomimo braku możliwości uzyskania bezpośredniego dostępu do tego urządzenia z uwagi na objęcie złożonej próbki zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzuty opierają się jednak także na dokumentacji urządzeń zaoferowanych w niniejszym

Postępowaniu, a ściślej EC200 i EG91 — modułów w tych urządzeniach zamontowanych.

### **Architektura urządzeń serii Commander UP14x**

Bazując na znajomości urządzeń serii Commander UP140 Odwołujący posiada wiedzę, iż producent nie wykorzystuje w architekturze urządzenia zewnętrznego programowalnego procesora (mikrokontrolera) do obsługi modułu komunikacyjnego i całego urządzenia. Zamiast tego wszystkie funkcje mikrokontrolera obsługiwane są przez moduł komunikacyjny Quectel, który udostępnia tylko w pewnym zakresie możliwości programowania na nim. Jedną z funkcjonalności, która została przeniesiona na moduł komunikacyjny Quectel jest funkcja konfiguracji przez USB. Gdyby mikrokontroler był obecny w modemie, wówczas port USB byłby podłączony bezpośrednio do niego, a z poziomu mikrokontrolera producent mógłby go prawidłowo zabezpieczyć, spełniając tym samym wymogi SWZ. Z uwagi na fakt, że architektura urządzenia nie przewiduje dodatkowego mikrokontrolera, a port USB jest wyprowadzony bezpośrednio na obudowę urządzenia bez jakichkolwiek zabezpieczeń. Niestosowanie mikrokontrolera podyktowane jest zarówno względami kosztowymi, jak i uproszczeniem procesu programowania urządzenia. Producent świadomie - w celu obniżenia kosztów decyduje się na kompromisy w zakresie bezpieczeństwa. Dlatego też do oferty nie został dołączony pełen pakiet sterowników, a jedynie jeden sterownik, który jest dedykowany dostarczonej aplikacji ComanderConnect3 służącej do konfiguracji urządzeń, tym sposobem starając się ukryć tę lukę.

### **Podobieństwa modułów rodziny Quectel EC200 i EG91**

Za podobieństwem obydwu modułów EC200 i EG91 przemawia treść materiałów dostępnych w serwisie firmy Quectel, dotyczących ww. rodzin modułów, a mianowicie:

- 1) karty katalogowe obydwu modułów są praktycznie identyczne;
- 2) dokumenty dostępne w serwisie firmy Quectel zawierające listę dokumentów dotyczących poszczególnych modułów:

- [Quectel\\_EC200\\_Document\\_List.pdf](#)

O [Quectel\\_EG91\\_Document\\_List.pdf](#) Porównując listy dotyczące EC200 i EG91 można dojść do wniosku iż nie tylko używają one wspólnych sterowników, ale każdy z tych sterowników stanowi odrębną nie opisaną (z wyjątkiem jednego dostarczonego) przez ANDRA ścieżkę dostępu do urządzenia.

- 3) producent udostępnia ten sam sterownik dla systemu Windows do obu modułów tj. EC200 oraz EG91. Sterownik można znaleźć wraz z kompletem dokumentacji pod następującymi łączami (linkami):

EG91: <https://www.quectel.com/ProductDownload/EG91.html>

EC200: <https://www.quectel.com/ProductDownload/EC200T.html>

W obu paczkach znajduje się ta sama wersja sterownika do systemu Windows, a różnicowanie pomiędzy typami modułów w strukturze dokumentów do pobrania stosowane jest wyłącznie dla wygody użytkownika końcowego szukającego oprogramowania do posiadanego przez siebie modułu. Świadczy o tym nazewnictwo, data utworzenia oraz rozmiar aplikacji dedykowanych dla tych modułów.

Obecność tego samego pliku ze sterownikiem w dwóch oddzielnych paczkach (jedna dotycząca EC200 druga dotycząca EG91) świadczy o tym iż dla obu modułów dostępna jest identyczna droga komunikacji.

Bazując na wskazanej wyżej analogii w zakresie wymagań Zamawiającego wobec oferowanych urządzeń we wcześniejszych postępowaniach oraz w tym Postępowaniu, Odwołujący we własnym zakresie przeprowadził badanie posiadanych w ramach prowadzonej działalności egzemplarzy modemów Commander UP140 (moduł EG91) za pomocą wskazanych powyżej narzędzi i potwierdził występowanie na nich zgłaszanych niezgodności. Tym samym, Odwołujący zwraca uwagę, że z uwagi na tożsamość zapisów SWZ w tym zakresie także w poprzednich postępowaniach, ANDRA wprowadziła Zamawiającego w błąd oferując te urządzenia Zamawiającemu w przeszłości.

Wszystkie powyższe braki dotyczące oferowanych w Postępowaniu urządzeń zostały zgłoszone przez Odwołującego do ANDRA, a także wskazane w korespondencji przekazanej Zamawiającemu przez firmę Pysense w piśmie z dnia 16 grudnia 2022 r. oraz Odwołującego w pismach z dnia 27 grudnia 2022 r. oraz 10 stycznia 2023 r. Pomimo tego, Zamawiający nie ustosunkował się do ich treści, ani też nie wezwał ANDRA do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Dowodzi tego brak stosownej komunikacji w udostępnionej Odwołującemu dokumentacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego taka postawa jasno wskazuje na to, że wolą Zamawiającego był wybór oferty ANDRA za wszelką cenę, jako rozwiązania tańszego i wykorzystywanego już w strukturach Zamawiającego. Trudno bowiem mówić o dochowaniu przez Zamawiającego choćby minimalnej staranności w zakresie badania i oceny oferty Odwołującego, skoro Zamawiający w żaden sposób nie próbował wyjaśniać wykazanych wątpliwości z ANDRA ani Odwołującym.

Postępowanie powinno być prowadzone zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Skoro badanie oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA nie wykazało obiektywnego w opinii Odwołującego niespełnienia kluczowych parametrów przez oferowany modem komunikacyjny, uzasadniona staje się wątpliwość Odwołującego nie tylko co do braku zapewnienia uczciwej konkurencji

i przejrzystości postępowania, ale również co do obiektywizmu i bezstronności osób prowadzących postępowanie.

Zważywszy na powyższe należy uznać, że uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 Ustawy.

Dodatkowo Odwołujący zauważa, że powyższa argumentacja oznacza także, że także i w tym zakresie informacje przekazane Zamawiającemu przez ANDRA w zakresie zgodności oferowanych urządzeń z warunkami zamówienia należy uznać za wprowadzające w błąd i- w konsekwencji — implikujące odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na przesłankę wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, która została szerzej omówiona w uzasadnieniu kolejnego zarzutu niniejszego odwołania.

### **III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.**

Zamawiający w punkcie 13.2.6 SWZ wskazał jako obowiązującą w przedmiotowym postępowaniu przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którą z postępowania wyklucza się 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 opinii Odwołującego powyższa przesłanka ma zastosowanie w stosunku do Wykonawcy ANDRA Sp. z o.o.

Zgodnie punktem 22.1 SWZ jednym z kryteriów oceny ofert była Obsługa i poprawna praca w technologii LTE CAT.MI 450 MHz (z wagą 15 pkt). Zgodnie z pkt III wzoru Formularza oferty (załącznik nr 4 do SWZ) Wykonawca zobowiązany był złożyć w Wykazie dodatkowych kryteriów oceny oferty stosowne oświadczenie, czy *oferowane modemy do zdalnej transmisji danych z liczników energii elektrycznej (odpowiednio dla zamówienia podstawowego i Prawa opcji) spełniają dodatkowe kryterium oceny poprzez skreślenie lub usunięcie niepotrzebnej odpowiedzi „TAK / NIE”*. Wykonawca ANDRA w swojej ofercie skreślił odpowiedź NIE, a co za tym idzie zadeklarował, że oferowany modem spełnia parametr Obsługi i poprawnej pracy w technologii LTE CAT.MI 450 MHz.

Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że Wykonawca nie spełnia tego wymagania i nie przyznał Wykonawcy ANDRA dodatkowych punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert, co znajduje odzwierciedlenie w przekazanym zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże w opinii Odwołującego oświadczenie o spełnianiu przez oferowane modem parametru Obsługi i poprawnej pracy w technologii LTE CAT.MI 450 MHz należy traktować jako informację wprowadzającą w błąd, co mogło

mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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 publicznego. Zgodnie z doktryną „(...) Lekkomysłność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Regulacja nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo. (...) przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są - oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. (...) Nie ma zatem znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły istotnie wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wpływ jest istotny, jeżeli mógłby spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta lub postępowanie zostałoby unieważnione. Wpływ ten nie musi nastąpić. Wystarczy możliwość wywarcia takiego wpływu<sup>2</sup>.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka. M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 413-414, cytowane za<sup>1</sup>: W. Czachórski, [w:] Z. Radwański [red.], System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna, Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź 1981, s. 546 i 547; 2 Wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego Postępowania należy wskazać, że oświadczenie Wykonawcy ANDRA Sp. z o.o. polegające na złożeniu w Formularzu oferty oświadczenia o spełnianiu przez oferowane modemy parametru Obsługi i poprawnej pracy w technologii LTE CAT.MI 450 MHz stanowiło przedstawienie informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd co do jego prawdziwości, co potwierdził sam Zamawiający w toku badania i oceny ofert. W ocenie Odwołującego Wykonawca ANDRA Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania parametru Obsługi

i poprawnej pracy w technologii LTE CAT.MI 450 MHz i które mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu.

Podobne stanowisko wyraził skład orzekający KIO, który w wyroku z dnia 19 lipca 2022 roku stwierdził, że „działanie Odwołującego polegające na wskazaniu w złożonym Wykazie osób inwestycji, która nie została zakończona (...) - w celu uzyskania punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wynika z lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie to bez wątpienia mogło wprowadzać w błąd Zamawiającego, powodując u niego mylne przekonanie co do zasadności przyznania Odwołującemu punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia za doświadczenie uzyskane w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu. Tymczasem zgodnie z ustaleniami Zamawiającego punkty mogły być przyznane wyłącznie w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji, co nie miało miejsca w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu. Tym samym, wobec ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że podlega on wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp” (sygn. akt KIO 1654/22).

Zważywszy powyższe należy uznać, że uzasadniony jest zarzut naruszenia art.226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp**

Jak opisano w uzasadnieniu do zarzutu III Wykonawca złożył w Formularzu oferty oświadczenie, iż oferowany przez niego modem spełnia parametr Obsługi i poprawnej pracy w technologii LTE, który stanowi dodatkowe kryterium oceny ofert. W rozstrzygnięciu postępowania z dnia 18.01.2023 r. Zamawiający przyznaje w tym kryterium 0 pkt, co jest konsekwencją badań wzorów oferowanych urządzeń w zakresie wymogów technicznych SWZ przeprowadzonych w dniach 8.11.2022 r. — 3.01.2023 r. W protokole końcowym z dnia 04.01.2023 r. dotyczącym ww. badania komisja przetargowa stwierdziła, że „urządzenia nie posiadają dodatkowej funkcjonalności: 450 MHz dla LTE CAT. M-1 - modem nie spełnia kryteriów dodatkowych — po weryfikacji PGE Dystrybucja S.A.” przyznając 0 pkt za dodatkowe funkcjonalności.

Podkreślić dodatkowo należy, że Zamawiający nie mógł uznać powyższego jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, jak też zastosować art. 128 ustawy Pzp, gdyż formularz oferty nie

podlega uzupełnieniu co potwierdził sam Zamawiający w pkt 19.3. SWZ.

Zważywszy na powyższe należy uznać, że Zamawiający dokonał zmiany treści oferty niedopuszczalnej w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł jak w petitum.

W dniu 3 lutego 2023 roku do postępowania odwoławczego do stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 13 lutego 2013 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 14 lutego podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący oraz Przystępujący złożyli pisma procesowe wraz z dowodami, na potwierdzenie też zawartych w pismach.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

### **Izba ustaliła co następuje:**

W treści SWZ w Rozdziale 5 INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH Zamawiający wymagał:

5.1. W celu wykazania spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga złożenia wraz z Ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

5.1.1. 2 egzemplarze urządzenia (modemu) w celu umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia złożonej oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz OPZ. Oba egzemplarze urządzenia muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie, aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ urządzenia (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi.

(...)

5.1.8. dokumentację techniczną programów – sterowników do obsługi modemów opisującą:

- sposób odczytu i interpretacji odczytanych parametrów modemu
- metody wywołania restartu urządzenia i zmiany portu do komunikacji 2G/3G/4G oraz jeśli oferowana LTE450 CAT.M1. Dostarczona dokumentacja musi umożliwić Zamawiającemu wykonanie operacji opisanych w tym punkcie bez użycia oprogramowania producenta.

W Rozdziale 13.2 Zamawiający wskazał:

13.2. Zamawiający wykluczy z postępowania również Wykonawcę (art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 7) -10) Ustawy PZP):

(...)

13.2.6. 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 (art. 109 ust 1 pkt 10 Ustawy PZP).

W Rozdziale 22 SWZ - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT, Zamawiający ustanowił następujące



kryteria oceny ofert:

**16.1.** Spośród Ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający wybierze najkorzystniejszą Ofertę kierując się kryterium:

$$P=P_1+P_2$$

gdzie:

P – całkowita liczba punktów uzyskanych przez ocenianą Ofertę

P1 – liczba punktów otrzymana przez ocenianą Ofertę za kryterium oceny nr 1

P2 – liczba punktów otrzymana przez ocenianą Ofertę za kryterium oceny nr 2

Nr kryterium	Kryterium oceny	pkt	Opis
1.	Cena oferty	85	Całkowita cena ofertowa brutto za realizację zamówienia podstawowego i prawa opcji
2.	450 MHz dla LTE CAT. M-1	15	Obsługa i poprawna praca w technologii LTE CAT.M1 450 MHz

CW – całkowita ryczałtowa cena ofertowa brutto za realizację zamówienia podstawowego i Prawa opcji zaoferowana w ocenianej Ofercie.

**85 pkt** - maksymalna ilość punktów do uzyskania w kryterium „Cena brutto”

**15 pkt** - liczba punktów przyznana danej Ofercie według kryterium oceny nr 2.

W treści Formularza Ofertowego - ZAŁĄCZNIK NR 4 DO SWZ – FORMULARZ OFERTY – WZÓR w pkt III, Zamawiający wprowadził następującą treść:

Wykaz dodatkowych kryteriów oceny oferty:

Lp	Kryterium w którym przyznane zostaną dodatkowe punkty	Oferowane modemy do zdalnej transmisji danych z liczników energii elektrycznej (odpowiednio dla zamówienia podstawowego i Prawa opcji) spełniają dodatkowe kryterium oceny
1.	Obsługa i poprawna praca w technologii LTE CAT.M1 450 MHz	<b>TAK / NIE *</b>

\* - niepotrzebne skreślić lub usunąć

Przystępujący wypełnił formularz ofertowy, a w odniesieniu do powyższej treści – odpowiedź NIE została skreślona.

Izba ustaliła również, że w pkt IV. 16. Formularza oferty Przystępujący złożył oświadczenie o następującej treści:

*Pod groźbą odpowiedzialności karnej oświadczamy, że przedstawione w Ofercie informacje oraz załączone do Oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania Ofert (art. 297. k.k.).*

#### **Izba zważyła do następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp. Okoliczność ta niewątpliwie miała istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem w jej wyniku oferta wykonawcy, która winna zostać odrzucona z postępowania, została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutów uwzględnionych, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta podlega odrzuceniu, oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z treścią art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć 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 doktrynie podnosi się, że udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Niezbędne jest zatem wyeliminowanie wykonawców, którzy w toku postępowania przedstawiają informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a w związku z tym mogące stanowić podstawę podjęcia przez niego niewłaściwej czynności (tak: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 , art. 109.)

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zaistniały wszystkie przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP, obligujące Zamawiającego do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Izba wskazuje, że przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Powołany przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP przewiduje wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić

będzie do naruszenia przez niego zobowiązania (tak: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 109).

Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c. (tak np. KIO w wyroku z 20 marca 2017 roku, sygn. akt: KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. 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 uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należna staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 sierpnia 2021 roku, sygn. akt: XXIII Zs 48/21). Zakres działań, wyznaczających poziom minimalnej staranności na etapie przygotowania ofert, został zdefiniowany także w wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2017 roku, sygn. akt: KIO 1085/17, w uzasadnieniu którego wskazano: „Okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Podstawowym obowiązkiem wykonawcy powinno być więc sprawdzenie, czy składana przez niego oferta ma pokrycie w rzeczywistości, zwłaszcza w przypadku deklaracji wykraczającej poza minimalny poziom - w zakresie, za który wykonawca oczekuje dodatkowych punktów w ramach oceny ofert.

Analiza treści art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania Zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia bez wątplenia zaliczyć należy informacje stanowiące podstawę oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert, decydujące o pozycji wykonawców w rankingu ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, że Przystępujący w Formularzu oferty, co do spełniania wymogów podlegających punktacji w kryterium oceny: „Obsługa i poprawna praca w technologii LTE CAT.M1 450 MHz”, skreślił odpowiedź NIE, pozostawiając odpowiedź TAK. Tym samym złożył oświadczenie, że oferowane przez niego urządzenie obsługuje i zapewnia poprawną pracę w technologii LTE CAT.M1 450 MHz.

Brak powyższej, deklarowanej funkcjonalności, został zweryfikowany przez Zamawiającego poprzez badanie próbki, jaką Przystępujący złożył wraz z ofertą i w konsekwencji Zamawiający nie przyznał Przystępującemu punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert. Zamawiający uznał, że oferowane urządzenie nie spełnia funkcjonalności, upoważniającej do uzyskania 15 pkt w kryterium oceny ofert.

Okoliczność, iż w oferowane przez Przystępującego urządzenie nie posiada powyższej funkcjonalności, została również przyznana podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą przez członka zarządu Przystępującego, którego podpis widnieje pod ofertą. Co więcej, na pytanie Izby zadane członkowi zarządu: dlaczego w ofercie została podana odpowiedź „TAK”, która to informacja nie odpowiada prawdzie, odpowiedź brzmiała, że nie odpowiadał On za przygotowanie formularza ofertowego.

W ocenie Izby czynność Przystępującego polegająca na podaniu w ofercie informacji nieprawdziwej, za którą mógł On uzyskać 15 pkt. była działaniem celowym i świadomym, podjętym dla uzyskania wyższej liczby punktów. Przystępujący podając w ofercie informacje nieprawdziwe, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu.

Przystępujący, tak jak i żaden z wykonawców nie mógł mieć wiedzy, że Zamawiający będzie weryfikował punktowaną funkcjonalność. Taka informacja nie wynikała z żadnego postanowienia dokumentacji zamówienia. Postanowienia SWZ zawarte w Rozdziale 5, pkt 5.1.1. na które powoływał się Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, nie dawały wykonawcom informacji o możliwości weryfikacji próbek pod kątem kryteriów oceny ofert, a jedynie pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz OPZ.

Wymagana funkcjonalność nie była elementem obligatoryjnym, wskazanym w OPZ, a zatem weryfikacja, o której mowa w pkt. 5.1.1. SWZ umożliwiała ocenę próbek wyłącznie pod kątem zgodności z warunkami zamówienia oraz z zapisami oferty. Możliwość weryfikacji punktowanej funkcjonalności nie wynikała również z postanowień pkt 5.1.8 SWZ, który odnosi się do złożenia dokumentacji technicznej programów-sterowników do obsługi modemów.

Tak więc, w okolicznościach, w których zamawiający nie określił w SWZ w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach kryterium „Obsługa i poprawna praca w technologii LTE CAT.M1 450 MHz”, informacja podana w ofercie mogła być jedyną podstawą do przyznania punktów. Wykonawcy nie mieli bowiem wiedzy, czy punktowana funkcjonalność będzie przez Zamawiającego weryfikowana, a jeśli tak, to w jaki sposób. Ponadto wykonawcy składając oferty, nie znają treści ofert składanych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, nie wiedzą więc jakie rozwiązanie oferują oraz za jaką cenę, co ma bezpośrednie przełożenie na ocenę w kryterium oceny ofert i pozycję w rankingu wykonawców.

Zwrócić należy uwagę na to, że Przystępujący podczas rozprawy nawet nie podjął próby wykazania, że zaznaczenie nieprawdziwej odpowiedzi było wynikiem pomyłki, lub niewłaściwego zrozumienia kryterium, które być może uzasadniałoby, iż nie było to działanie spowodowane lekkomyślnością lub niedbalstwem. Dodatkowo, istotne w ocenie Izby jest to, że właśnie pod ofertą podpisany jest członek zarządu, który twierdził, że nie odpowiadał za przygotowanie formularza ofertowego. Izba nie mogła dać wiary twierdzeniu, że członek zarządu (nawet jeśli fizycznie nie przygotowywał formularza oferty), to przed jego podpisaniem, nie zapoznał się z jego treścią.

Nie można również pominąć okoliczności, że Przystępujący złożył w ofercie oświadczenie pod groźbą odpowiedzialności karnej, że przedstawione w ofercie informacje oraz załączone do oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania ofert. Zatem z treści tego oświadczenia wynika, że złożona oferta przedstawia stan prawdziwy, rzeczywisty, faktyczny na dzień składania ofert.

Jednak, jak wykazał Zamawiający oraz jak zostało to potwierdzone podczas rozprawy, treść oferty Przystępującego nie odpowiadała prawdzie, co świadczy o tym, że Przystępujący podał w ofercie nieprawdziwe informacje, poprzez które wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za treść przekazaną Zamawiającemu, a okoliczność, że nie przygotowywał oferty jest bez znaczenia, skoro ją podpisał. Z treści dokumentacji zamówienia można było wyprowadzić uzasadniony wniosek, że jedyną podstawą do uzyskania punktów w kryterium oceny ofert w ramach punktowanej technologii LTE jest oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu oferty.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający dokonał oceny ofert w ramach kryterium dotyczącego funkcjonalności LTE, w sposób który nie wynikał z postanowień SWZ, a które zostały ustanowione na etapie oceny ofert. Gdyby dokonał oceny ofert opierając się wyłącznie na postanowieniach SWZ i nie weryfikował punktowanej funkcjonalności, przyznałby Przystępującemu 15 pkt w ramach ww. kryterium. Zatem przedstawione przez Przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W tym kontekście, podanie w ofercie nieprawdziwych informacji jawi się jako wprowadzenie w błąd, dokonane co najmniej w wyniku lekkomyślności, które mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Izba wskazuje, że okolicznością, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, było oświadczenie o spełnieniu funkcjonalności, za którą Zamawiający mógł przyznać Przystępującemu w kryterium punktowanym - 15 pkt.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby świadczą o zaistnieniu przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, uzasadniających konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Konsekwencją powyższego jest odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Odnosząc się do wyroków przywołanych przez Przystępującego, to przywołana teza zawarta w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. XXIII Zs 61/22 zgodnie z którą: „Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe”, nie może mieć zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Przystępujący składając oświadczenie wiedział, że oferowane urządzenia nie posiadają funkcjonalności, o istnieniu której zapewniał w Formularzu oferty. Przystępujący nie działał zatem w błędnym przekonaniu, że podaje prawdziwe informacje, lecz wiedział że nie odpowiadają one prawdzie.

Z kolei w Wyroku z dnia 5 sierpnia 2021 roku, sygn. akt: XXIII Zs 48/21 Sąd Okręgowy w Warszawie, co do zasady podzielił stanowisko Izby, że wykonawca podał w ofercie informacje nieprawdziwe i wprowadził w błąd zamawiającego (str. 19 wyroku), jednak w realiach rozpoznawanej sprawy uznał, że wykluczenie wykonawcy należało uznać za nieproporcjonalne w stosunku do zaistniałego uchybienia i skutku dla Zamawiającego.

Izba zauważa, że rozpoznawany w wyroku Sądu Okręgowego stan faktyczny sprawy

odnosił się do stanu prawnego obowiązującego w ramach nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.). Obecna treść przepisu art. 109 ust. 3 Pzp wyklucza możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z uwagi na zasadę proporcjonalności.

Wobec powyższego, zarzut należało uznać za udowodniony i zasadny.

Izba za niezasadne uznała pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. Z kolei art. 218 ust. 2 Pzp mówi, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której zamawiający określił wymagane parametry techniczne. Należy również zwrócić uwagę na obowiązek nałożony na Zamawiającego przez ustawodawcę, zawarty w art. 99 ust. 1 Pzp, polegający na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. A zatem wszelkie niejasności w opisie przedmiotu zamówienia, powodujące możliwość odmiennej interpretacji oraz wyprowadzenia z niego różnych, nawet odmiennych wniosków, nie mogą obciążać wykonawcy. Świadczą one bowiem o niewypełnieniu przez



Zamawiającego obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ, uznając za możliwe do zaoferowania rozwiązanie, które nie zostało przez Zamawiającego wyeliminowane.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanego stanu faktycznego, w ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w warunkach zamówienia.

Analiza dokumentów złożonych przez Przystępującego nie potwierdziła zasadności zarzutu. Z uwagi na objęcie dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie może w sposób szczegółowy odnieść się do jej treści.

Wskazać jednak należy, że Odwołujący buduje zarzut w oparciu o urządzenie, które nie jest przedmiotem oferty Przystępującego i jak sam podnosi w odwołaniu, zarzut opiera wyłącznie o własne przypuszczenia poparte wiedzą i doświadczeniem. Z tego powodu, Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego, które nie odnoszą się do urządzenia oferowanego przez Przystępującego. Nie mogą więc potwierdzać zasadności stawianego zarzutu. Urządzenie Przystępującego różni się od tego, na które powołuje się Odwołujący zarówno w zakresie komponentów sprzętowych jak i oprogramowania.

Nie można pominąć okoliczności, iż wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu Zamówienia pkt C odnosiły się do modemu jako całości. Natomiast Odwołujący zarzuca brak zgodności z warunkami zamówienia co do elementu modemu, jakim jest moduł.

Jak wskazał Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie: „Zamawiający podczas badania próbek nie wykonuje dekompozycji urządzeń i nie weryfikuje, z jakich komponentów modem został wyprodukowany. Weryfikacji spełnienia wymagań technicznych zapisanych w załączniku nr 1 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia podlega całość urządzenia wraz ze wszystkimi jego komponentami. (...) Zaznaczyć należy, że przedmiotem postępowania jest urządzenie o kodowej nazwie UP145, a więc inne jak wskazywane w Odwołaniu urządzenie UP140. Inny jest też zestaw funkcjonalności oferowanych przez urządzenie UP145 wobec urządzenia UP140 (choćby obsługa częstotliwości 450 MHz dla technologii LTE), co jednoznacznie wskazuje, że urządzenie UP145 znacznie różni się konstrukcyjnie

od urządzenia UP140 i budowanie zarzutów wobec modemu UP145 na bazie hipotetycznych doświadczeń z urządzeniami innej generacji jest całkowicie niezasadna, a badania Zamawiającego przeprowadzenie w pełnym zakresie wskazują, że wnioski wyciągnięte poprzez tę analogię są fałszywe”.

Wobec braku wykazania, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 218 ust. 2 Pzp nie mógł on zostać uwzględniony przez Izbę.

Za nieistotne dla sprawy, nie mające związku z analizowanym stanem faktycznym Izba uznała również argumenty Odwołującego, odnoszące się do poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba za niepotwierdzony i niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba wskazuje, że analiza dokumentacji postępowania nie potwierdziła, aby Zamawiający dokonał zarzucanej zmiany w treści oferty Przystępującego.

Odnosząc się do ogólnego zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 17 ust. 2 Pzp zgodnie z którym, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, w związku z pozostałymi podnoszonymi przez Odwołującego zarzutami, Izba stwierdziła, że ma on charakter wynikowy i został powiązany z pozostałymi zarzutami stanowiąc ich konsekwencję.

Tym samym przedmiotowy zarzut okazał się zasadny w części, w jakiej był pochodną zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp2, i niezasadny w zakresie odnoszącym się do naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5

w związku z art. 218 ust. 2 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż z uwagi na fakt, że zarzuty dotyczą zasadniczo dwóch czynności Zamawiającego, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty która podlega odrzuceniu jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, Izba dokonała podziału kosztów stosownie do wyniku postępowania, uznając pierwszy zarzut za niezasadny a drugi za zasadny, i obciążyła strony kosztami w częściach równych. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w łącznej wysokości 18 600 zł z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, natomiast Zamawiający poniósł koszty w wysokości 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Mając to na względzie Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy poniesionych przez Odwołującego kosztów postępowania, tj. kwotę 9 300 zł 00 gr.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....