

Sygn. akt: KIO 1306/19
KIO 1311/19

WYROK

z dnia 22 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 lipca 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2019r. przez

A. **wykonawcę W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe „BEHAPEX II” W. G. z siedzibą w Lublinie, ul. Chemiczna 7**

B. **wykonawcę KADIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 290**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 26**

przy udziale **wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1306/19 i KIO 1311/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe „BEHAPEX II” W. G. z siedzibą w Lublinie, ul. Chemiczna 7 w całości i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia z dnia 4 lipca 2019r. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

1B. uwzględnia odwołanie wykonawcy KADIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 290 w zakresie żądania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty i dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37 w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części III zamówienia z dnia 4 lipca 2019r. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

w tym odrzucenie oferty wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37 w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na to, że przedstawiona próbka wraz z opakowaniem potwierdza, że waga latarki bez baterii i z bateriami przekracza 200g, co jest niezgodne z wymaganiami szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla części III w pkt. 1, w pozostałym zakresie oddała odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37 i

2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe „BEHAPEX II” W. G. z siedzibą w Lublinie, ul. Chemiczna 7 i wykonawcę KADIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 290 tytułem wpisów od odwołań,

2.2. Zasądza od wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37 na rzecz wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe „BEHAPEX II” W. G. z siedzibą w Lublinie, ul. Chemiczna 7 kwotę 11 100zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

2.3. Zasądza od wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37 na rzecz wykonawcy KADIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 290 kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) 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:

Sygn. akt KIO 1306/19

KIO 1311/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowej odzieży ochronnej i zabezpieczającej dla strażaków zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 557659-N-2019 w dniu 6 czerwca 2019r.

W dniu 4 lipca 2019r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych pakietach.

Sygn. akt KIO 1306/19

W dniu 9 lipca 2019r. w ramach pakietu nr II odwołanie wniósł wykonawca W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe „BEHAPEX II” W. G. z siedzibą w Lublinie, ul. Chemiczna 7. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 lipca 2019r.

Wniósł odwołanie od decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 lipca 2019 r. w części dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty na część II — buty strażackie gumowe.

Wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż gdyby doszło do prawidłowej oceny złożonych w postępowaniu ofert, jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty która nie była najkorzystniejsza wobec faktu, że rzeczywista waga oferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego obuwia jest wyższa od tej wskazanej przez samego oferenta, co wpływa na wynik oceny złożonych w postępowaniu ofert.

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. wagi produktów na okoliczność rzeczywistej wagi oferowanych przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego butów (liczonej jako średnia arytmetyczna dla rozmiarów 42,43,44).

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie weryfikacji wagi obuwia będącego przedmiotem oferty i ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że kryteriami oceny ofert były

- 1) cena - 60 pkt
- 2) mocowanie ściółki wewnętrznej - 5 pkt
- 3) odporność podeszwy na wysoką temperaturę i przekłucia - do 10 pkt
- 4) ochrona stopy przed zgnieceniem - 10 pkt

5) waga - 15 pkt

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego i Kaliskich Zakładów Przemysłu Terenowego. Obie oferty otrzymały najwyższą możliwą liczbę punktów w ramach kryteriów pozacenowych. Decydującym kryterium okazała się cena, przy czym różnica w tym zakresie była minimalna i wynosiła 1,80 zł, co w przeliczeniu na punkty dawało 0,31 punktu różnicy.

Z przeprowadzonej przez odwołującego weryfikacji wagi obuwia oferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu wynika, że waga ta jest wyższa niż wskazana w ofercie 3,5 kg. Zgodnie z wyjaśnieniami do treści Specyfikacji z dnia 12 czerwca 2019 r. zamawiający wskazał, że waga obuwia rozumiana jest jako średnia arytmetyczna butów dla rozmiarów 42,43,44. Z przeprowadzonej przez odwołującego wagi obuwia konkurenta wg powyższej instrukcji wynika, że rzeczywista waga przekracza 3,7 kg. Jest zatem o ponad 0,2 kg wyższa od wskazanej w ofercie.

Uwzględnienie tej rzeczywistej wagi obuwia spowodowałoby zmianę listy rankingowej. Zgodnie ze Specyfikacją w kryterium waga zostaną przyznane punkty na podstawie deklaracji wykonawcy w formularzu oferty w następujący sposób: wykonawca, który zaproponuje najniższą wagę otrzyma 15 punktów, natomiast pozostali wykonawcy odpowiednio mniej punktów wg wzoru $WB = (WB_{min} : WB_x) \times 15$ gdzie: WB = liczba punktów za kryterium waga butów, WB_{min} = najniższa waga butów wynikająca ze złożonych ofert, WB_x = waga butów zaproponowana w ofercie badanej. W przypadku wagi 3,7 w stosunku do minimalnej wagi oferty odwołującego 3,5 różnica punktowa wyniosłaby co najmniej 0,8 punktu różnicy. W rezultacie łączna liczba punktów złożonej przez odwołującego oferty przewyższyłaby liczbę punktów konkurenta.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający zażądał przedłożenia wraz z ofertą próbek oferowanego obuwia i deklarował przeprowadzenie weryfikacji parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Zgodnie z punktem 15-tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do oferty wykonawca dołącza następujące próbki (wzory) odpowiednio na część zamówienia, na którą/e składa ofertę/y, odpowiadające przedmiotom opisanym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji: dla części II — buty strażackie gumowe. Dalej w specyfikacji wskazano: - „UWAGA: Wymienione powyżej próbki stanowiąc będą podstawę do oceny w kryteriach oceny ofert, dlatego też Zamawiający wymaga' aby załączone do oferty próbki odpowiednio na dana część zamówienia, które stanowiąc będą treść oferty i nie będą podlegać uzupełnieniu lub ich zmianie), odpowiadały opisom określonym w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do siwz. Zamawiający wymaga aby dostarczone próbki opatrzone były opisem w zakresie m.in. parametrów, wymogów techniczno-użytkowych odnoszących się do poszczególnych kryteriów i podkryteriów. Dołączone do oferty próbki stanowiąc będą punkt odniesienia przy ocenie jakości przedmiotu zamówienia, który zostanie dostarczony przez

wybranego wykonawcę podczas realizacji umowy.”

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający winien był przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty dokonać weryfikacji parametrów stanowiących kryteria oceny ofert, tj. zważyć próbki obuwia. W szczególności w sytuacji, w której konkurent zwrócił uwagę zamawiającego na powyższą kwestię i zażądał przeprowadzenia wagi obuwia. Dopiero ustalona po weryfikacji waga powinna stanowić podstawę dla dokonania oceny obu złożonych ofert. Zaniechanie tej czynności spowodowało dokonanie wyboru oferty mniej korzystnej.

Przeprowadzenie rzeczywistej weryfikacji parametrów obuwia pod kątem kryteriów oceny ofert jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego. Zwolnienie się z tego obowiązku przez zamawiającego nie jest dopuszczalne (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2018, KIO 1912/18, opubl. Lex). Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców (art. 91 ust. 2d ustawy). Negatywna weryfikacja zgłoszona przez konkurenta tym bardziej obliguje zamawiającego do weryfikacji parametrów przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nadmienił, że w przypadku jeżeli zważenie obuwia przez zamawiającego wykaże, że określenie wagi w ofercie było zaniżone, zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania oferenta w oparciu o art. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (tak wyrok Izby z dnia 6 sierpnia 2018r. sygn. akt KIO1425/18).

W dniu 9 lipca 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 12 lipca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 12 lipca 2019r. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana w pakiecie nr II jako najkorzystniejsza, a odwołanie zmierza do pozbawienia go tego statusu. Oddalenie odwołania leży zatem w interesie przystępującego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Przystępujący podniósł, że zarzuty odwołania są bezzasadne i powinno być ono oddalone, gdyż przystępujący w swojej ofercie z 13 czerwca 2019 r. na stronie 3 w pkt 2 ppkt 2 wskazał zgodną z rzeczywistością wagę butów - 3,5 kg bez wkładki - skarpety i 3,69 kg z wkładką - skarpeta. Odwołujący podaje wagę butów z wkładką, a nie bez wkładki, która to waga brana jest przy wyborze oferty. Nie ma więc mowy, by przystępujący w jakikolwiek sposób wprowadził zamawiającego w błąd bądź by nieprawidłowo została wybrana oferta przystępującego, jako najlepsza.

W dniu 18 lipca 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania. Zamawiający podniósł, że do oceny ofert przyjął zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 12 czerwca 2019r. średnią arytmetyczną wagi pary butów z rozmiarów 42, 43, 44, ponieważ wymagał dołączenia do oferty próbki jednej pary butów w dowolnym rozmiarze nie jest w stanie wyliczyć średniej arytmetycznej. Dokonując zatem oceny ofert zamawiający bazował na oświadczeniu zawartym w ofercie przystępującego. Do odwołania nie dołączono opinii biegłego ds. wagi produktów, co ma również wpływ na brak możliwości zamawiającego na pełny obraz sprawy. Zamawiający wykona czynności zgodnie z żądaniami odwołującego tj. unieważni czynność z dnia 4 lipca 2019r. dotyczącą II części polegającą na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, dokona ponownego badania i oceny ofert, odrzuci ofertę przystępującego, dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części II.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i wniósł o rozpoznanie odwołania i oddalenie go w całości. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający ma wątpliwości, co do tego czy oferta przystępującego spełnia wymagania siwz. W takim przypadku w ocenie przystępującego zamawiający winien był zastosować art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy i zażądać wyjaśnień ewentualnie dodatkowych próbek – trzech par butów rozmiarów 42, 43, 44 i przeprowadzić ich zważenie. Takie postępowanie byłoby zgodne z par. 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). Choć przystępujący nie zaprzecza, że żądanie wyjaśnień jest prawem zamawiającego, to jednak w sytuacji gdyby brak wyjaśnień miałby pociągać negatywne skutki dla wykonawcy, jego przeprowadzenie jest obowiązkiem zamawiającego w świetle orzecznictwa Izby – sygn. akt KIO/UZP 992/09 z dnia 13 sierpnia 2009r. Jednocześnie Izba zauważyła, że ewentualne próby zmiany oferty podjęte przez wykonawcę w wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne – J. Pieróg Prawo zamówień publicznych Komentarz Wyd. 15 Warszawa 2019 teza I.6 do art. 87. Zamawiający w sposób zupełnie nieuprawniony uwzględniając odwołanie uznał, że odrzuci ofertę przystępującego, nawet gdyby się okazało, że spełnia ona wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przystępujący na rozprawie nie kwestionował wagi obuwia przedstawionej za pomocą protokołu z badania z dnia 17 lipca 2019r. Lubelskiej Fabryki Wag „FAWAG” SA, natomiast podniósł, że uwzględnienie odwołania wykroczyło poza granice zarzutów i żądań odwołania, gdyż odwołujący nie domagał się odrzucenia oferty przystępującego. Przystępujący nie kwestionował, że na obecnym etapie należy unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert, sprzeciwiał się natomiast dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty.

Sygn. akt KIO 1311/19

W dniu 9 lipca 2019r. wykonawca KADIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 290 wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr III. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 lipca 2019r. udzielonego przez prokurenta oddzielnego zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 lipca 2019r.

Odwołujący zaskarżył działania zamawiającego polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego z udziału w postępowaniu w zakresie części III zamówienia;
2. zaniechaniu odrzucenia wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w zakresie części III zamówienia;
3. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego KADIMEX S.A., jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części III zamówienia

z ostrożności również :

bezprawnego przyznania punktów wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w zakresach, które nie powinny być punktowane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców i błędne przyjęcie, że oferta wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego odpowiada treści siwz w zakresie części III zamówienia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, podczas gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a co za tym idzie, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu w zakresie części III
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, pomimo, iż treść oferty jest sprzeczna siwz, skutkujące koniecznością jej odrzucenia zamiast wybierania jej jako oferty najkorzystniejszej;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru jako oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego pomimo że podlega ona odrzuceniu.

Ponadto z ostrożności procesowej podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za

tym idzie może zignorować ustanowione przez siebie kryteria cenowe i przyznać ofercie Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego punkty pomimo, że oferta ta jest sprzeczna z siwz; 2. art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego oraz zaniechanie wyboru odwołującego KADIMEX S.A. w zakresie części III pomimo, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród złożonych w ramach postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu, aby w części III zamówienia:

1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonał czynności powtórnego badania i oceny ofert w zakresie części III zamówienia, z uwzględnieniem odrzucenia oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego oraz wykluczenia wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego;
3. ponownie przeprowadził czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III zamówienia.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do dostarczenia na rozprawę próbki (wzoru) oferty wykonawcy oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w części III, to jest hełmu strażackiego typu B z latarką nahełmową oraz osłoną karku wraz z urządzeniem pomiarowym (wagą elektryczną) na okoliczność braku zgodności oferty wykonawcy oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego warunków zawartych w siwz oraz kryterium podlegających ocenie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, należycie zbadałby i ocenił ofertę odwołującego oraz ofertę Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego. W konsekwencji, zamawiający nie dokonałby wyboru oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, jako oferty najkorzystniejszej. Wówczas bowiem, zamawiający odrzuciłby ofertę Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego oraz dokonałby wyboru oferty odwołującego, która jest nie tylko zgodna z siwz, lecz również zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Odwołujący wskazał, że w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji - uwzględnienia odwołania, odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Po odrzuceniu oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, to oferta odwołującego powinna była otrzymać najwyższą ilość punktów.

Odwołujący złożył ofertę na części III i IV zamówienia, zaś wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego złożył ofertę na części II i III zamówienia. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dalej: SOPZ, w części III zamówienia zostały wskazane parametry techniczne latarki nahełmowej, to jest:

1. waga do 200 g,

2. moc światła powyżej 130 lm,
3. czas pracy minimum 20 h,
4. latarka powinna posiadać możliwość wypięcia z mocowania hełmu,
5. źródłem światła jest diodowy moduł świetlny LED o wysokiej intensywności świecenia,
6. ładowarka do latarki umożliwia ładowanie do sieci 230V lub z samochodu pożarniczego,
7. wykonawca oświadcza, że dostarczony produkt posiada certyfikat bezpieczeństwa.

W ramach złożonej oferty na część III zamówienia Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego zaoferowały produkt w postaci latarki marki Mactronic M-Fire 02, który nie spełnia kryteriów i wymagań wskazanych w SOPZ i tym samym nie spełnia postanowień siwz. Odwołujący, zaś zaoferował latarkę LATARKA LED PELI 3315R ZI, która jest w pełni zgodna z treścią SOPZ. Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał, aby oferowany produkt był wyposażony w ładowarkę do latarki umożliwiającą ładowanie z sieci 230 V lub z samochodu pożarniczego, tymczasem latarka Mactronic M-Fire 02, którą zaoferowały Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie spełnia tego wymagania, gdyż zasilana jest na cztery baterie AA, taki sposób zasilania latarki nie umożliwia ładowania latarki do sieci 230 V, jak również z samochodu pożarniczego.

Latarka zaoferowana przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego okazała się tańsza z uwagi na fakt, że wykonawca ten zaoferował latarkę, która jest ładowana na baterie. Zakup latarki zasilanej na baterie zaoferowanej wraz z bateriami akumulatorami i ładowarką do baterii akumulatorów jest zdecydowanie tańszy niż zakup latarki z akumulatorem wraz z ładowarką do latarki (która stanowiła wymóg siwz). Największą zaletą latarek zasilanych na baterie jest niska cena. Nie sposób zatem uznać, że latarka zaoferowana przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego spełnia kryterium wymagane w zamówieniu. Ponadto odwołujący wskazał, że sposób zasilania za pomocą baterii jest preferowany do urządzeń stosowanych sporadycznie, nie sposób uznać, że taka forma zasilania jest właściwa dla latarek, które mają służyć do pracy zawodowym strażakom, albowiem taki sposób zasilania latarek sprowadza bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego. Zamawiający konstruując treść zamówienia i wskazując parametry techniczne latarki wyposażonej w ładowarkę do latarki umożliwiającą ładowanie z sieci 230 V lub samochodu pożarniczego miał zapewne na celu bezpieczeństwo ludzi, gdyż latarka zasilana akumulatorem i wyposażona w ładowarkę do latarki jest mniej zawodna niż zasilana baterie.

Latarka zaoferowana przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie spełnia jednego z podstawowego parametru technicznego, jakim jest wymóg wyposażenia latarki w ładowarkę umożliwiającą ładowanie. Nie sposób zatem w ocenie odwołującego uznać, że latarka z wymienianymi bateriami spełnia ten wymóg, również nie sposób było by także uznać, że powyższe kryterium spełniałoby także wyposażenie zaoferowanej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego latarki w baterie możliwe do ładowania, tzw. akumulatorki, gdyż nadal

taka latarka nie jest wyposażona w ładowarkę do latarki. Możliwość włożenia baterii wielokrotnego użytku (ładowany za pomocą ładowarki) nie spełnia wymagania określonego w siwz. Ponadto, dodać należy, że żywotność takich akumulatorów, wynosi zwykle ok. 500 cykli ładowanie-rozładowanie.

Z uwagi na fakt, że zaoferowana przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego latarka nie jest wyposażona wbrew wymaganiom siwz w ładowarkę do latarki umożliwiającą ładowanie z sieci 230 V lub z samochodu pożarniczego, jest tańsza, dlatego też oferta ta została wybrana, jako najkorzystniejsza otrzymując w kryterium cenowym maksimum 55 punktów. Oferta Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w przeciwieństwie do oferty odwołującego nie spełnia wymogów siwz w związku z tym powinna być odrzucona.

„Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego "(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1125/11). Odwołujący powołał także wyrok z dnia z dnia 8 listopada 2016 r.; sygn. akt KIO 2030/16.

Oprócz niezgodności w zakresie braku wyposażenia zaoferowanej latarki przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w ładowarkę umożliwiającą ładowanie latarki z sieci 230 V lub z samochodu pożarniczego produkt zaoferowany przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie spełnia również parametrów technicznych w zakresie: wagi do 200 g, mocy światła powyżej 130 ml oraz czasu pracy minimum 20 h.

Z dokonanych przez odwołującego pomiarów próbki produktu zaoferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego wynika, że gotowa do użycia latarka MacTronic M-FIRE 02 waży 242 g, zaś z informacji zawartych i dostępnych ze źródeł powszechnie dostępnych, np. opis produktu na stronach internetowych, wynika, że waga przedmiotowej latarki wynosi 120g bez baterii, zaś z bateriami waha się w granicach 215 do 240 g. Logicznym jest, żeby latarka spełniała swoją podstawową funkcję jaką jest oświetlanie musi posiadać baterie lub inne źródło zasilania ładowarkę - tak jak było to wymagane w siwz.

Wobec powyższego nie może być prawdą oświadczenie wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, iż waga zaoferowanego w ofercie hełmu strażackiego typu B z latarką nahełmową oraz osłoną karku wynosi 1,899 kg. Zatem odwołujący stwierdził, że oferta Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie spełnia parametrów technicznych latarki nahełmowej zawartych w siwz i powinna zostać odrzucona.

Również zaoferowany produkt przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie spełnia parametru technicznego w zakresie mocy światła. Zgodnie z siwz oferowana latarka winna posiadać moc światła powyżej 130 ml, tymczasem produkt zaoferowany przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego posiada moc 120 ml. Oprócz tego, podstawowe informacje

dotyczące produktu zaoferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego wskazują na czas pracy 6 h, chyba że pracuje się na drugim trybie latarki to wówczas wynosi on 69 h 10 min, zaś zgodnie z zamówieniem praca latarki winna wynosić 20 h. Wobec braku określenia przez zamawiającego trybu pracy latarki należy przyjąć podstawowy czas pracy tej latarki, zatem - 10 h. Powyższe także nie spełnia parametru technicznego wymaganego przez siwz. Jeżeli wykonawca oferuje urządzenie inne niż wskazywane w kartach katalogowych czy informacjach producenta, przy pomocy których opisuje swoją dostawę, powinien wyraźnie to zaznaczyć i udokumentować w treści oferty. W przeciwnym wypadku, jeśli z treści oferty wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami siwz parametrów, stwierdzić należy sprzeczność oferty z siwz (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lutego 2010 r.; sygn. akt KIO/UZP 1837/09).

dowód nr 1: fotografia zdjęciowa wykonana przez odwołującego latarki Mactronic m-FIRE 02 zaoferowanej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego.

dowód nr 2: informacje ogólnie dostępne na stronach internetowych o latarce Mactronic m-FIRE 02 zaoferowanej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego.

na okoliczność braku spełnienia przez zaoferowany produkt przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego parametrów technicznych latarki nahełmowej zgodnie z siwz.

Zamawiający nie jest uprawniony do przyjmowania za obowiązującą treść siwz taką jego wersję, która w żaden sposób nie pokrywa się z opublikowaną treścią żądań zamawiającego. Jeżeli intencją Kaliskich Zakładów Przemysłu Terenowego, było spełnienie wymagania przez dostarczenie latarki zasilanej na baterie, to wykonawca powinien w tym zakresie zadać odpowiednie pytanie.

Zgodnie z siwz do oferty wykonawca dołącza „próbki (wzory) do odpowiedniej części zamówienia na która składa ofertę odpowiadającą przedmioty opisanym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego próbki stanowiąc będą podstawę do oceny w kryteriach oceny ofert, dlatego też zamawiający wymaga, aby załączone do oferty próbki odpowiednio na daną część zamówienia, które stanowiąc będą treść oferty (nie będą podlegać uzupełnieniu tub ich zmianie) odpowiadały opisom określonym w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do siwz".

Odwołujący wskazał na cztery parametry techniczne wybranej latarki zaoferowanej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego niezgodne z siwz, w związku z powyższym konieczne jest zobowiązanie zamawiającego do dostarczenia w dniu rozprawy próbek (wzoru) latarki oraz hełmu strażackiego zaoferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego wraz z wagą w celu weryfikacji spełniania wymagań określonych w siwz, a także weryfikacji prawdziwości oświadczeń i deklaracji złożonych w treści oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego co do parametrów oferowanego produktu. Wadliwość przedłożonej

próbki w konsekwencji skutkować powinno uznaniem niezgodności złożonej oferty z siwz. Próbka ta niewątpliwie stanowi bowiem część oferty i jako taka podlega badaniu na gruncie warunków przedmiotowych postępowania. Kryteria oceny charakteru próbki były wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej. Ostatecznie uznano, że może ona stanowić: a) dokument w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być potwierdzającym spełnienie wymagań przedmiotowych siwz albo b) część oferty będącą zasadniczą treścią zobowiązania wykonawcy. Potwierdza to orzecznictwo KIO z dnia 9 lipca 2013 r., KIO 1496/13, z dnia 8 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1807/13. Próbka wymagana przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowi bezspornie podstawę do oceny ofert w ramach kryteriów jakościowych postępowania, a co za tym idzie należy ją zakwalifikować jako część oferty. Kwalifikacja ta niesie za sobą określone konsekwencje: - po pierwsze, próbka ta nie podlega trybowi uzupełnień przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy (o czym świadczy przywołane orzecznictwo), ale także treść oświadczenia zamawiającego w siwz - po drugie, podlega ona ocenie z punktu widzenia zgodności z siwz, a jej niezgodność z wymaganiami postępowania prowadzić musi do odrzucenia oferty. Wobec stwierdzonych niezgodności próbki z siwz oferta wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego powinna więc ulec odrzuceniu.

Wobec faktu, że informacje zawarte w oświadczeniu wykonawcy - Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego okazały się nieprawdziwe, albowiem dostarczenie latarki wyposażonej w baterie zamiast w ładowarkę bezpośrednio wpływa na jej koszt, a także wagę, które to były kryterium oceny ofert. Na skutek podania nieprawdziwych informacji oferta tego wykonawcy winna być odrzucona. Zatem zamawiający błędnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zaś oferta odwołującego powinna zostać przez zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert - oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Próbka przewidziana została w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 2310, gdzie w § 6 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Próbka stanowi pewną materializację przedmiotu oferty, która ma służyć namacalnemu, empirycznemu zbadaniu cech i właściwości przedmiotu oferty lub nawet jego działania w formule opisanego w siwz eksperymentu (jako tzw. prezentacja próbki, demonstracja jej działania, testowanie czy nawet zbadanie umiejętności osób). Prezentacja próbki może więc przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, działania mechanizmów, testowania sprzętu komputerowego, zbadania działania systemu informatycznego oraz przewidzianych w jego ramach wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności czy nawet zbadania umiejętności osób, które mają osobiście świadczyć usługę stanowiącą przedmiot zamówienia. Tego rodzaju próbka będzie więc miała charakter oferty, czy to wprost, czy też jako tzw. dokument mający potwierdzać spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań postawionych przez zamawiającego, finalnie rozpatrywany przecież przez pryzmat spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Próbka, a w konsekwencji - przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zasadą jest zatem, że ocena próbki, niezależnie od tego czy wprost stanowi ona sposób złożenia oferty przez wskazanie (złożenie) jej przedmiotu, czy też ma postać dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań stawianych przez zamawiającego, finalnie prowadzi do stwierdzenia zgodności lub braku zgodności oferowanego przedmiotu z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.). Zasadą jest też, że w takim wypadku cała próbka podlega ocenie, niezależnie od tego, czy tylko część jej cech jest brana pod uwagę w ramach kryterium pozacenowego, skoro cała próbka wyraża przedmiot oferty.

Dopiero zatem w sytuacji, gdy zamawiający wyraźnie wprowadzi w siwz takie postanowienia, które - w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia - pozwolą na wyodrębnienie z przedmiotu stanowiącego próbkę tych jej elementów, które będą podlegały ocenie, w sposób, który nie zniweczy sensu badania tej próbki w ograniczonym zakresie, jako wciąż reprezentatywnej dla całego przedmiotu stanowiącego przyszłą dostawę, można przyjąć taką wrywkową ocenę próbki. Jeżeli więc intencją zamawiającego będzie oczekiwanie złożenia próbki jako przedmiotu zbieżnego w określonym zakresie z tym, który ma być następnie przedmiotem dostawy, ale nie identycznego z nim, pożądane jest jednoznaczne wskazanie, w jakim zakresie przedmiot stanowiący próbkę może - na etapie złożenia oferty - odbiegać od wymaganego w postępowaniu, bez zniekształcenia sensu badania próbki i w jakim zakresie

część podlegająca badaniu będzie reprezentatywna dla całego przedmiotu i zdalna do formułowania wniosków o całym przedmiocie. Pożądane jest też w ocenie odwołującego w takim wypadku wyraźne wskazanie, że przedmiot dostawy musi być zgodny z tym, którego użyto dla zaprezentowania w postaci próbki, np. w zakresie użytych materiałów, wymiarów, czy określonych cech, których zamawiający wymaga wobec przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, pożądane jest określenie poziomu zgodności próbki z wymaganiami stawianymi przedmiotowi zamówienia. W analizowanym postępowaniu jest to relatywnie proste, skoro cechy podlegające badaniu wyraźnie opisano w odpowiednich punktach siwz, zaś wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały skwantyfikowane i ujęte w siwz - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Na gruncie przedmiotowego postępowania zamawiający nie zawarł w siwz takich postanowień, które by pozwoliły na przyjęcie tezy, że przedmiotem próbki może być przedmiot odbiegający w takim czy innym zakresie od wymagań stawianych w treści siwz.

Konsekwencją powyższego ustalenia jest stwierdzenie, że przy brzmieniu siwz z jakim mamy do czynienia w tym postępowaniu, niewłaściwy i niedopuszczalny jest wniosek, że przedmiot próbki ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia jedynie w zakresie, jaki podlegał badaniu w ramach kryterium pozacenowego, a w pozostałym zaś zakresie, że już bez znaczenia jest zgodność z tym przedmiotem. Albo bowiem ów przedmiot próbki jest elementem oferty w całości, albo nie jest nim wcale.

Co więcej wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego wprowadził zamawiającego co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (a w ocenie odwołującego w sposób zawiniony) w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy. Otóż wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego oświadczył, że waga latarki uprawnia tego wykonawcę do uzyskania dodatkowych punktów z uwagi na wagę latarki.

Jak się powszechnie przyjmuje zastosowanie normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

1. Przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd - waga latarki podana przez wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego,
2. Przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa - wskazanie niewłaściwej wagi pomimo, że wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego wie, że wskazana waga zarówno na dzień składania ofert, jak i na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest niższa niż 200 g.
3. Informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - oferta złożona przez wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego

została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zauważył, że w ustnych motywach rozstrzygnięcia wyroku jaki zapadł przed Sądem Okręgowym w Warszawie w dniu 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, Sąd Okręgowy w Warszawie dokonał interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy podkreślając, że w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jest mowa o informacjach wprowadzających w błąd zamawiającego"- wykonawca przekazuje informacje wprowadzające w błąd, ale aby zastosować ten przepis nie musi być dokonana czynność przez zamawiającego na podstawie tych informacji; nie jest przesłanką wykluczenia na ww. podstawie element zachowania się zamawiającego, to jest element zachowania się samego wykonawcy, w konsekwencji nie ma znaczenia czy zamawiający ma wiedzę czy nie o jakimś zadaniu, wystarczy, że wykonawca złoży takie informacje, to jak dalej zachowa się zamawiający to nie jest przesłanka do rozstrzygnięcia, dla skorzystania z tej przesłanki wystarczy, że wykonawca złożył takie informacje i zawierały one w sobie elementy nieprawdziwe. Zachowanie zamawiającego, w momencie gdy otrzyma informację nieprawdziwą, nie ma znaczenia - czy zamawiający miał o tych informacjach wiedzę czy też nie, czy dokonał na ich podstawie jakiś czynności czy też nie, ważne że zostały one złożone. Okoliczności niniejszej sprawy nie pozostawiają dla odwołującego żadnych wątpliwości, że wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego chciał wprowadzić zamawiającego w błąd, podając w „Ofercie” niezgodną ze stanem rzeczywistym wagę latarki. Z ostrożności odwołujący wskazał, że jeśli nawet przyjąć, iż wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego nie działał w sposób zamierzony (co wydaje się mało prawdopodobne w okolicznościach przedmiotowej sprawy), to niewątpliwie jego zachowanie cechowało co najmniej rażące niedbalstwo. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). 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 Sądu 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 Sądu 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 Kodeksu cywilnego 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, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego powinien był zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 10 lipca 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 15 lipca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu, ul. Przybrzeżna 37. Zgłoszenie zostało wniesione przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 lipca 2019r. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana w pakiecie nr III jako najkorzystniejsza, a odwołanie zmierza do pozbawienia go tego statusu. Oddalenie odwołania leży zatem w interesie przystępującego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. W zakresie postępowania dowodowego przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodów w postaci karty katalogowej latarki diodowej, certyfikatu badania typu WE latarki diodowej w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski.

Przystępujący podniósł, że latarka MFire 02 może być zasilana zarówno bateriami jak i akumulatorami. W ofercie polecana jest opcja latarki z akumulatorami oraz zewnętrzną ładowarką do akumulatorów z możliwością ładowania z sieci 230V oraz instalacji samochodowej. W związku z tym latarka spełnia warunek ustanowiony w pkt. 6 części III załącznika nr 2 do siwz.

Pkt 1 części III załącznika nr 2 do siwz mówi o wadze do 200 g latarki nahełmowej. Waga latarki wynosi 120g, a więc swoją wagą nie przekracza dopuszczalnej wagi określonej w pkt 1 części III załącznika nr 2 do siwz. To postanowienie siwz nie wymagało, aby latarka wraz z bateriami nie przekraczała wagi 200g. Przystępujący nie znalazł w siwz sformułowania waga latarki z bateriami czy waga latarki z akumulatorami.

Co do zarzutu dotyczącego mocy światła, to jest on bezpodstawny, gdyż producent latarki gwarantuje, że moc latarki MFire 02 wynosi 133 lm, co spełnia wymóg pkt 2 części III załącznika nr 2 do siwz. Z kolei pkt. 3 części III załącznika nr 2 do siwz mówi o czasie pracy, a więc czas pracy w trybie niskim wynoszący 69 h 10 min. Spełnia wymóg czasu pracy min. 20 godz. Określony w tym pkt. Ponadto jako dowód odwołujący załączył kartę katalogową

wydrukowaną ze strony <https://strefa998.pl>. Nie jest to sklep internetowy producenta latarki. W katalogach na stronie internetowej producenta dane dotyczące latarki MFire 02 są prawidłowe

http://www.mactronic.pl/products/wedkarskie/1598/latarka_diodowa_mfire_02_atex_120_lm/4568.html.

Przystępujący ocenił podniesione zarzuty jako godzące w jego dobre imię, gdyż informacje, które podał są prawdziwe i zgodne z rzeczywistością.

W dniu 18 lipca 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania. Zamawiający podniósł, że załączona do oferty próbka helmu strażackiego z latarką wraz z opakowaniem nie zawierają wszystkich istotnych parametrów technicznych, na podstawie których zamawiający może zweryfikować zgodność zaoferowanego przedmiotu ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert zgodnie z przyjętymi kryteriami bazował na oświadczeniu przystępującego. Zamawiający wykona czynności zgodnie z żądaniami odwołującego tj. unieważni czynność z dnia 4 lipca 2019r. dotyczącą III części polegającą na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, dokona ponownego badania i oceny ofert, odrzuci ofertę przystępującego, dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części III.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i wniósł o rozpoznanie odwołania i oddalenie go w całości. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający ma wątpliwości, co do tego czy oferta przystępującego spełnia wymagania siwz. W takim przypadku w ocenie przystępującego zamawiający winien był zastosować art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy i zażądać wyjaśnień ewentualnie dodatkowych próbek – kwestionowanej latarki i przeprowadzić jej zważenie. Takie postępowanie byłoby zgodne z par. 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). Choć przystępujący nie zaprzecza, że żądanie wyjaśnień jest prawem zamawiającego, to jednak w sytuacji gdyby brak wyjaśnień miałby pociągać negatywne skutki dla wykonawcy, jego przeprowadzenie jest obowiązkiem zamawiającego w świetle orzecznictwa Izby – sygn.. akt KIO/UZP 992/09 z dnia 13 sierpnia 2009r. Jednocześnie Izba zauważyła, że ewentualne próby zmiany oferty podjęte przez wykonawcę w wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne – J. Pieróg Prawo zamówień publicznych Komentarz Wyd. 15 Warszawa 2019 teza I.6 do art. 87. Zamawiający w sposób zupełnie nieuprawniony uwzględniając odwołanie uznał, że odrzuci ofertę przystępującego, nawet gdyby się okazało, że spełnia ona wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przystępujący na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania. Podnosił, że zamawiający nie określił jakiej wagi latarki dotyczy wymóg do 200g, czy wagi całkowitej, czy wagi własnej. Nie

przeczył, że waga latarki z bateriami przekracza 200g.

Odwołujący Kadimex cofnął zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią siwz w zakresie mocy światła latarki.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj siwz oraz ofert złożonych przez przystępującego w pakietach II i III, a także dowodów dołączonych do odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1311/19 i dowodów złożonych przez przystępującego i przedstawionych przez odwołującego W. G. na rozprawie oraz dowodu z oględzin próbek przeprowadzonego z urzędu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z par. 11 pkt. 15 siwz wynika, że do oferty wykonawca dołącza następujący próbki (wzory) odpowiednio na część zamówienia, na którą/e składa ofertę/y, odpowiadające przedmiotom opisanym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji:

Dla części II buty strażackie gumowe, dla części III hełm strażacki typu B z latarką nahałmową oraz osłoną karku, dla części IV – rękawice specjalne strażackie. Wymienione powyżej próbki będą podstawą oceny w kryteriach oceny ofert, dlatego też zamawiający wymaga, aby załączone do oferty próbki odpowiednio na daną część zamówienia, które będą stanowić treść oferty (nie będą podlegać uzupełnieniu lub ich zmianie) odpowiadały opisom określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do siwz. Zamawiający wymaga, aby dostarczone próbki opatrzone były opisem w zakresie m.in. parametrów, wymogów techniczno-użytkowych odnoszących się do poszczególnych kryteriów i podkryteriów. Dołączone do oferty próbki stanowić będą punkt odniesienia przy ocenie jakości przedmiotu zamówienia, który zostanie dostarczony przez wybranego wykonawcę podczas realizacji umowy. Zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy zamawiający na podstawie otrzymanego wniosku zwróci próbki wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Próbki dołączone do oferty wybranej jako najkorzystniejsza będą przechowywane przez zamawiającego przez okres 4 lat i stanowić będą materiał porównawczy w stosunku do dostarczanych wyrobów w ramach realizacji umowy. Jeżeli wykonawca nie dołączy do oferty wskazanych wyżej próbek i ich opisów lub nie dołączy choćby jednej wymaganej przez zamawiającego próbki i opisu oraz próbki nie będą zgodne z opisem określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu jako oferta, której treść nie odpowiada treści siwz.

W par 14 zamawiający określił kryteria oceny ofert i dla części II i III są to:

Dla części II – cena 60%, mocowanie ściółki wewnętrznej – 5 pkt., odporność podeszwy na wysoką temperaturę i przekucia – 10 pkt. ochrona stopy przed zgnieceniem – 10 pkt, waga –

15 pkt.,

Dla części III – cena 55 pkt, ergonomia zakładania i zdejmowania hełmu – do 15 pkt, elementy odblaskowe – do 10 pkt i waga 20 pkt.

Kryterium Waga dla części II miało być oceniane na podstawie deklaracji wykonawcy w formularzu oferty w następujący sposób: wykonawca, który zaproponuje najniższą wagę otrzyma 15 pkt, natomiast pozostali wykonawcy odpowiednio mniej punktów według wzoru liczba punktów w tym kryterium wynosi najniższa waga butów podzielona przez wagę butów oferty badanej pomnożona przez 15. Natomiast w części III zamawiający oceniał wagę hełmu według deklaracji z formularza ofertowego. W formularzu ofertowym wykonawcy w pkt. 3 – część III ppkt. 2 mieli złożyć oświadczenie, że waga zaoferowanego w ofercie hełmu strażackiego typu B z latarką nahełmową oraz osłoną karku wynosi Kg. .

W załączniku nr 2 do siwz dla części II zamawiający wymagał butów strażackich gumowych co najmniej klasy S3, powinny posiadać wkładkę chłonącą pot i ognioodporną i powinny spełniać wymagania techniczne dla butów strażackich (KT-46) stawiane w Zarządzeniu nr 9 Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 5 lutego 2007r. w sprawie wzorców oraz szczegółowych wymagań, cech technicznych i jakościowych przedmiotów umundurowania, odzieży specjalnej i środków ochrony indywidualnej użytkowanych w Państwowej Straży Pożarnej (Dz. Urz. KG PSP nr 2) oraz zamawiający wymagał rozmiaru obuwia 42, 43 i 44, zaś w części III opisał następujące parametry techniczne latarki nahełmowej:

1. Waga do 200g,
2. Moc światła powyżej 130 lm,
3. Czas pracy minimum 20h,
4. Latarka powinna posiadać możliwość wypięcia z mocowania hełmu,
5. Źródłem światła jest diodowy moduł świetlny LED o wysokiej intensywności świecenia,
6. Ładowarka do latarki umożliwiająca ładowanie z sieci 230V lub z samochodu pożarniczego,
7. Wykonawca oświadcza, że dostarczony produkt posiada certyfikat bezpieczeństwa.

Z wyjaśnień treści siwz z dnia 12 czerwca 2019r. wynika, że wykonawca zapytywał o pozycję nr 2 buty strażackie gumowe i obowiązek podania wagi proponowanego obuwia. Wykonawca zauważył, że waga produktu zależy od rozmiaru i zwrócił się z prośbą o wskazanie, wagę jakiego rozmiaru należy podać w ofercie. Zamawiający wyjaśnił, że należy podać średnią arytmetyczną wagi pary butów z rozmiarów 42, 43, 44.

Z oferty przystępującego wynika, że oświadczył, że waga zaoferowanych w ofercie butów strażackich gumowych wynosi 3,69 kg z wkładką – skarpeta, 3,5 kg bez wkładki – skarpety, nadto oświadczył, że waga oferowanego w ofercie hełmu strażackiego typu B z latarką

nahełmową oraz osłoną karku wynosi 1, 899 kg i taką wagę zamawiający przyjął do oceny w tym kryterium. .

Z oceny ofert dla części II wynika, że zamawiający w kryterium waga obuwia w części II przyjął do oceny wagę 3,5 kg i przyznał przystępującemu 15 pkt.

Ze zdjęcia dołączonego do odwołania Kadimex widać wagę i położoną na niej latarkę, nazwy nie można odczytać – waga produktu 242g, kolejne zdjęcie obrazuje hełm latarkę baterie firmy Energizer AA uchwyt do latarki oraz power bank firmy GP zawierający chander i cab cord only, kolejne 3 zdjęcia przedstawiają ten sam zestaw w innym ujęciu kamery, następne zdjęcie przedstawia pustą wagę i wynik 0000g. Z wydruku karty produktu latarka M-Fire 02 marki Mactronic wynika, że model wyposażony jest w diodę CREE o mocy światła 120 lm, czas świecenia 100% - 6h 10min, 45% - 13h, strobe 20h, masa 240g, siła światła 120lm zasilanie 4xAA, z wydruku ze strony bto.pl wynika, że latarka MacTronic M-Fire 02 4xAA 120 lumenów Cree XP-E posiada moc światła 120 lm, dzięki dodaniu drugiego trybu pracy może pracować 69 h 10min, czas pracy 100% 6h 25% 69 h i 10 min., baterie w komplecie – tak, waga 120g (215 g z bateriami), z wydruku z kolejnej strony internetowej wynika, że latarka diodowa z certyfikatem ATEX posiada 133 lm, M-Fire 02, 100% - 6h, 25% 69h i 10 min., waga 215 g,

Z dowodów złożonych przez przystępującego wynika, co następuje:

- z karty produktu latarka diodowa z certyfikatem ATEX, 133 lm M-fire 02 kod produktu PL-011-01-HH wynika specyfikacja techniczna: czas pracy 100% 6h 25% 69h 10 min; moc światła 133LM /13340 cd, waga 120g. Nowy model został wyposażony w diodę CREE o mocy światła 133 lm (niemal dwukrotnie więcej niż poprzednia wersja),
- certyfikat badania typu WE i załącznika do niego wynika, że modele DEMKO 13 ATEX 13002999X wyd 1 modele SF-3, SF-5, SF-7, SF-8 to samoistne bezpieczne przenośne latarki ręczne LED zasilane 4 bateriami alkalicznymi typu AA 1,5 V lub 4 bateriami niklowo-metalowo-wodorowymi (NiMH) typu AA 1,2V połączonymi szeregowo. Następujące baterie uznaje się za dopuszczalne do stosowania w latarce:
 - alkaliczne : Energizer model E91, Duracell model MN1500, Rayovac model 815, Ansmann model 5015548, Ansmann model 1502-0002,
 - NiMH: Energizer model NM15-2300.

Dowody złożone przez odwołującego W. G. na rozprawie:

- w Zarządzeniu nr 9 Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 5 lutego 2007r. w sprawie wzorców oraz szczegółowych wymagań, cech technicznych i jakościowych przedmiotów umundurowania, odzieży specjalnej i środków ochrony indywidualnej użytkowanych w Państwowej Straży Pożarnej (Dz. Urz. KG PSP nr 2) w załączniku wymagania

techniczne dla butów strażackich wynika, że buty gumowe powinny posiadać wyjmowaną wkładkę ochronną chłoningą pot, wyścielającą całą powierzchnię wewnętrzną buta.

- ze świadectwa dopuszczenia nr 2702/2016 wynika, że w ramach materiałów wykonanie butów strażackich specjalnych gumowych oznaczenie producenta FHR art. 81488 model podstawowy posiada wkładkę termoizolacyjną p filc art. WT500W, trudnopalny,

- z protokołu badania Lubelskich Fabryk Wag „FAWAG” SA z dnia 17 lipca 2019r. wynika, że waga trzech butów FHR 003 z wkładkami wynosi 11,40kg – Izba ustaliła, że średnia arytmetyczną to 3,8 kg, zaś bez wkładów wynosi – 10,82 kg – Izba ustaliła, że średnia arytmetyczna to – 3,60 (666) kg, czyli według reguł zaokręglania 3,61kg.

Na podstawie dowodu z oględzin Izba ustaliła:

Okazano obuwiu strażackie złożone przez przystępującego. Przystępujący potwierdza, że okazane obuwiu jest obuwiem oferowanym przez przystępującego. Są to dwa buty w rozmiarze 42/8 FHR (fire and heat resistant) 003 ART. 81488 EN 1509/20112 CE 2474 oraz dwie skarpety zawierające wkładkę FHR na stopie wybity rozmiar 42, skarpety beżowe. W środku buta wybity jest numer CNBOP-PIB 2702/26.

Zamawiający składa latarkę Mactronic H-Fire 02 wraz z opakowaniem, na którym podane następujące informacje CREEXP-LED 133 LM/6 godzin 4 razy R6 (AA) waga 250 gram 25% 69 godzin 10 minut ATEX NO II 1G EX IA II C T4IP6X DEMKO 13 ATEX 130 29 99X. Po odkręceniu śruby w środku znajdują się cztery baterie alkaiczne AA. Do kompletu załączono uchwyt do hełmu strażackiego RHH041, baterie Energizer ATCU RECHARGE 2300 oraz GP Power Bank Premium, czyli ładowarka na cztery akumulatorki dla NiMHAA/3A. Z instrukcji znajdującej się w opakowaniu wynika czas używania - 100% 6 godz. 133 Lumeny, 25 % 69 godz. 10 minut, 32 Lumeny. Z instrukcji wynika, że waga bez baterii to 250g.

Na podstawie tych dowodów i oświadczeń stron Izba ustaliła, że buty strażackie zamawiający wymagał wraz wkładką chłoningą pot i trudnopalną, przystępujący takie buty zaoferował i przedstawił próbkę wraz w wkładką. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że zamawiający wymagał butów kompletnych to jest z wkładką i nie zastrzegął odmiennego sposobu ważenia butów, jako niekompletnych tj. bez wkładki. Nie było sporne pomiędzy stronami, że buty w wkładką ważą ponad przyjętą do oceny wartość 3,5kg, tym samym badanie i ocena ofert przez zamawiającego w tym zakresie została przeprowadzona nieprawidłowo – tj. niezgodnie z treścią siwz.

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał latarki o wadze do 200g, natomiast ten parametr nie został potwierdzony danymi wynikającymi z załączonej próbki. Z instrukcji obsługi zawartej w

opakowaniu wraz z latarką w wersji polskojęzycznej jest wyraźnie podane że waga latarki bez baterii to 250g, tym samym próbka dostarczona zamawiającemu nie potwierdza spełniania wymogu zamawiającego wagi do 200g. Co do czasu pracy, to zamawiający nie opisał do czego odnosi wymóg minimum 20h czasu pracy, czy do pełnej mocy światła, czy dopuszczał możliwość zmniejszenia tej mocy, tym samym z opakowania załączonego do oferty przystępującego jako próbka wynika, że czas pracy przy 25% i 32 im to 69 h 10 min. A zatem jest dłuższy niż minimalny czas wymagany przez zamawiającego.

Nie przedstawiono dowodu na wagę hełmu i osłony na kark, tym samym nie można w żaden sposób zweryfikować, czy podana w formularzu ofertowym waga 1,899 kg dotyczy tylko hełmu, czy też hełmu z latarką i osłoną. Według literalnego brzmienia oświadczenia wykonawca miał podać wagę hełmu wraz z latarką i osłoną karku, tym samym możliwe jest, że waga latarki mogła wpływać na wagę kompletnego hełmu.

Zamawiający wymagał ładowarki do latarki umożliwiającej ładowanie z sieci 230V lub z samochodu pożarniczego. W ocenie Izby rację należy przyznać przystępującemu, że z wymogu tego nie wynika, że źródło energii nie może być wymienne. W ocenie Izby oba modele mają akumulatory, tylko u odwołującego jest on wybudowany, a u przystępującego jest on dodatkowo załączony do oferty – załączono, a więc zaoferowano tak akumulatory jak i ładowarkę. W obu przypadkach ładowarka jest urządzeniem do którego podłącza się baterie akumulatorowe u przystępującego, a u odwołującego wbudowany akumulator. W ocenie Izby zatem obie latarki spełniają wymóg ładowarki ładowanej z sieci 230V lub z samochodu pożarniczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1306/19

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty która nie była najkorzystniejsza wobec faktu, że rzeczywista waga oferowanego przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego obuwia jest wyższa od tej wskazanej przez samego oferenta, co wpływa na wynik oceny złożonych w postępowaniu ofert

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby ustalenia stanu faktycznego wskazują na to, że średnia arytmetyczna wag butów strażackich z wkładką chłonącą pot wynosi ponad przyjęte przez

zamawiającego do oceny ofert 3,5kg. Tym samym zamawiający dokonał oceny kryterium waga w części II zamówienia niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. W konsekwencji doprowadził do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Konieczne zatem stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Izba uznała, że zobowiązanie się zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego jest zobowiązaniem wykraczającym poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i jako takie nie mieściło się w granicach uwzględnienia zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 1311/19

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców i błędne przyjęcie, że oferta wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego odpowiada treści siwz w zakresie części III zamówienia

Zarzut potwierdził się częściowo. W ocenie Izby opakowanie i instrukcja złożone wraz z latarką jako próbką do oferty potwierdzają, że waga latarki bez baterii przekracza 200g. Przystępujący nie kwestionował, że waga latarki z bateriami przekracza 200g. Tym samym niezależnie od sposobu ważenia latarki wymóg zamawiającego określony w załączniku nr 2 do siwz dla części III pkt. 1 nie został w ofercie przystępującego spełniony. Izba pominęła w tym zakresie dowody z kart katalogowych, czy też wydruków ze stron internetowych z tego względu, że zamawiający wymagał, aby parametry wymagane przez niego były potwierdzone złożoną próbką opatrzoną opisem w zakresie m.in. parametrów, wymogów techniczno-użytkowych odnoszących się do poszczególnych kryteriów i podkryteriów i stwierdził, że jeżeli wykonawca nie dołączy do oferty wskazanych wyżej próbek i ich opisów lub nie dołączy choćby jednej wymaganej przez zamawiającego próbki i opisu oraz próbki nie będą zgodne z opisem określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu jako oferta, której treść nie odpowiada treści siwz. Skoro zatem z opisu na instrukcji obsługi i opakowaniu załączonych do próbki jednoznacznie wynikało, że wymóg wagowy nie został spełniony, to zamawiający był zobligowany własnym siwz odrzucić ofertę, a nie dopuścić jej do oceny ofert. W konsekwencji przyznana punktacja i dokonany wybór oferty najkorzystniejszej były wadliwe i należało nakazać ich unieważnienie i ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu sprzeczności wagi oferowanej latarki z wymaganiem zamawiającego określonym w załączniku nr 2 do siwz części III pkt 1. Pozostałe zarzuty nie potwierdziły się. W zakresie czasu pracy zamawiający nie poczynił w siwz żadnych zastrzeżeń w jakich warunkach powinien być ten czas mierzony. Przystępujący podał, że 69h 10 min. jest czasem pracy przy

25% mocy i 32 lm. Jest to niewątpliwie wartość spełniająca minimalne wymaganie zamawiającego opisane w pkt. 3 dla części III w załączniku nr 2 do siwz. Również w zakresie ładowarki, to w ocenie Izby ładowarka może ładować akumulatory, czyli element, który jest niezbędny do działania obu oferowanych latarek tak u odwołującego jak i u przystępującego. U obu wykonawców ładowarka jest urządzeniem oferowanym wraz z latarką i ma możliwość zasilania z sieci 230V jak i z pojazdu pożarniczego, a zamawiający nie poczynił żadnych wymagań dotyczących akumulatorów i sposobu ich współdziałania z pozostałymi elementami latarki. Bezsporne jest, że odwołujący zaoferował akumulator wbudowany, a przystępujący 4 akumulatory wymienne, które załączył do swojej oferty, a ponieważ zamawiający wskazał, że próbki dołączone do oferty wybranej jako najkorzystniejsza będą przechowywane przez zamawiającego przez okres 4 lat i stanowić będą materiał porównawczy w stosunku do dostarczanych wyrobów w ramach realizacji umowy, to nie ma możliwości, aby wykonawca na etapie realizacji umowy mógł dostarczyć latarki bez ładowarki czy akumulatorów. Z tego względu te zarzuty Izba uznała za niepotwierdzone. Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego mocy światła latarki, gdyż został on cofnięty przez odwołującego Kadimex na rozprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, podczas gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a co za tym idzie, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu w zakresie części III

Zarzut w ocenie Izby nie został udowodniony. Zarzut został oparty o przekonanie odwołującego Kadimex, że w formularzu ofertowym w pkt 3. Część III pkt. 2 przystępujący podał wagę hełmu wraz z latarką i osłoną na kark uwzględniając wagę latarki bez baterii. Jednak tej tezy odwołujący nawet nie próbował wykazać. Przystępujący podnosił, że wagę latarki bez baterii odnosił do wymagania zamawiającego dotyczącego cech samej latarki. Zamawiający zaś twierdził, że według niego w kryterium oceny ofert oceniał wagę samego hełmu bez latarki czy osłony. Odwołujący nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu procesowego tj. oględzin i zważenia hełmu wraz z latarką i osłoną na kark w wersji z latarką z bateriami i w wersji z latarką bez baterii. W tej sytuacji nie zostało udowodnione, że informacja o tym, że hełm wraz z latarką i osłoną na kark ma wagę 1, 899 kg jest informacją nieprawdziwą. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pozwala wykluczyć wykonawcę z postępowania pod warunkiem, że informacje podane przez niego są niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym, a w ocenie Izby nie zostało jednoznacznie wykazane, że rzeczywisty stan faktyczny odbiega od informacji podanych przez przystępującego w jego ofercie. Tym samym nie została w ocenie Izby wykazana pierwsza z przesłanek koniecznych do wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wymaga łącznego

zaistnienia informacji niezgodnej z rzeczywistością, zawinienia wykonawcy co najmniej w stopniu rażącego niedbalstwa oraz informacja niezgodna z rzeczywistością musi mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Brak wykazania którejkolwiek z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie pozwala na wykluczenie wykonawcy, a w tym konkretnym przypadku na uwzględnienie postawionego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego, pomimo, iż treść oferty jest sprzeczna siwz, skutkujące koniecznością jej odrzucenia zamiast wybierania jej jako oferty najkorzystniejszej;

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający dysponował dowodami załączonymi przez przystępującego do próbki, które pozwalały mu na ustalenie, że producent latarki zadeklarował, iż waga latarki bez baterii wynosi 250g, a więc przekracza wartość maksymalną wskazaną w siwz. Zamawiający nie dokonał zatem badania ofert z należyłą starannością. Gdyby takiej staranności dołożył nie dopuściłby oferty przystępującego do oceny ofert i nie dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na niespełnianie wymogu maksymalnej wagi latarki.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru jako oferty Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego pomimo że podlega ona odrzuceniu.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający dysponował dowodami załączonymi przez przystępującego do próbki, które pozwalały mu na ustalenie, że producent latarki zadeklarował, iż waga latarki bez baterii wynosi 250g, a więc przekracza wartość maksymalną wskazaną w siwz. Zamawiający nie dokonał zatem badania ofert z należyłą starannością. Gdyby takiej staranności dołożył nie dopuściłby oferty przystępującego do oceny ofert i nie dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty

przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na niespełnianie wymogu maksymalnej wagi latarki.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może zignorować ustanowione przez siebie kryteria cenowe i przyznać ofercie Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego punkty pomimo, że oferta ta jest sprzeczna z siwz;

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego oraz zaniechanie wyboru odwołującego KADIMEX S.A. w zakresie części III pomimo, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród złożonych w ramach postępowania

Zarzuty potwierdziły się. W ocenie Izby zamawiający dysponował dowodami załączonymi przez przystępującego do próbki, które pozwalały mu na ustalenie, że producent latarki zadeklarował, iż waga latarki bez baterii wynosi 250g, a więc przekracza wartość maksymalną wskazaną w siwz. Zamawiający nie dokonał zatem badania ofert z należyłą starannością. Gdyby takiej staranności dołożył nie dopuściłby oferty przystępującego do oceny ofert i nie dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na niespełnianie wymogu maksymalnej wagi latarki.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia zasądzając zwrot kosztów postępowania – wpisów i kosztów

zastępstwa prawnego od przystępującego, który wniósł sprzeciw na rzecz obu odwołujących się w wysokość odpowiednio 7 500zł. (wpis) i 3 600zł. (zastępstwo prawne), łącznie po 11 100zł. dla każdego z odwołujących. Co do odwołania Kadimex, to mimo oddalenia części zarzutów, wynik postępowania eliminuje przystępującego z szansy ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co w ocenie Izby oznacza, że przystępujący poniesie całkowitą konsekwencję uwzględnienia odwołania.

Przewodniczący: