Sygn. akt: KIO 1095/19

POSTANOWIENIE
z dnia 25 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2019 r. przez wykonawcę A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. B. A4 F.H.U., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, M. C.-B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. C.-B., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, prowadzący łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą A4 COPY Spółka Cywilna A. B., M. C.-B. z siedzibą w Lublinie, ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin

przy udziale wykonawcy A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz A. B.

   prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. B. A4 F.H.U., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, M. C.-B., prowadząca działalność

   gospodarczą pod firmą M. C.-B., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, prowadzący łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą A4 COPY Spółka Cywilna A. B., M. C.-B. z siedzibą w Lublinie, ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1095/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składnia ofert częściowych na: „Dostawa zestawów

komputerowych, stacji i drukarek dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego w Lublinie (Znak: EDZ.242-46/19)", zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 539992 - N - 2019, data zamieszczenia 23.04.2019 r., przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin zwany dalej: „Zamawiającym".

W dniu 10.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 2 - P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Black Print P. M., ul. Inżynierska 8/8, 20-484 Lublin zwana dalej: „Black Print P. M.". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. B. A4 F.H.U., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, M. C.-B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. C.-B., ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin, prowadzący łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą A4 COPY Spółka Cywilna A. B., M. C.-B. z siedzibą w Lublinie, ul. Wojciechowska 20, 20-704 Lublin zwana dalej: „A4 COPY Spółka Cywilna A. B., M. C.-B." albo „Odwołującym". Trzecią pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin zwana dalej: „P0MAREX A. P."albo „Przystępującym po stronie Odwołującego".

W dniu 14.06.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) A4 COPY Spółka Cywilna A. B., M. C.-B. wniosła odwołanie na w/w czynność dla zadania 2. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.06.2019 r. (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego na podstawie pełnomocnictwa z 12.06.2019 r. udzielonego przez obu właścicieli. Odwołujący wniósł odwołanie na

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, tj. Black Print P. M., którego oferta nie spełnia wymagań wskazanych w Rozdziale 2.11.C Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ", a mianowicie wymogu aby oferowany przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy wyprodukowany w 2019 roku, nie wycofany ze sprzedaży;

2. zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy Black Print P. M., którego oferta nie spełnia wymagań wskazanych w Rozdz. 2.11.C SIWZ, a mianowicie wymogu aby oferowany przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy wyprodukowany w 2019 roku, nie wycofany ze sprzedaży;

3. zaniechaniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zarzucił naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej wymagań wskazanych w SIWZ. Wnosił: 1. uwzględnienie niniejszego odwołania, 2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 3. nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert,

4. nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Black Print P. M.,

5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego odwołania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika radcy prawnego, według norm prawem przepisanych.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożyło ofertę na dostawę zestawów komputerowych, stacji i drukarek w zakresie zadania nr 2 „Drukarki wraz z materiałami eksploatacyjnymi do nich". \N dniu 10.06.2019 r. Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej - zawiadomienie z dnia 07.06.2019 r. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta wykonawcy Black Print P. M., która łącznie uzyskała 10 pkt. Oferta Odwołującego uzyskała łącznie 8,30 pkt. W zamówieniu udział brał również wykonawca POMAREX A. P., który uzyskał 4,96 pkt. Decyzja Zamawiającego, o wyborze oferty wykonawcy Black Print P. M. jest wadliwa z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej wymagań wskazanych w Rozdz. 2.11.C SIWZ. Zamawiający w treści SIWZ - Rozdz. 2.11.C, postawił wymóg aby oferowany przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy, wyprodukowany w roku 2019 lub nowszy, nie rekondycjonowany, nie powystawowy, w stanie kompletnym, tj. gwarantującym uruchomienie go oraz stosowanie zgodnie z przeznaczeniem bez dokonywania dodatkowych zakupów oraz posiadający instrukcję obsługi w języku polskim. Dalej wskazał iż, zgodnie z treścią odpowiedzi na zapytanie uczestników postępowania z 26.04.2019 r., Zamawiający wskazał, iż powyższy wymóg musi być spełniony w odniesieniu do każdej części zamówienia oraz wskazał, iż nie dopuszcza produktów mających status „produkt end of life" - tj. takich które zostały wycofane ze

sprzedaży. Ze złożonej przez wykonawcę Black Print P. M. oferty wynika, że warunek ten nie został spełniony. W kosztorysie ofertowym wykonawca ten zaoferował, iż przedmiotem dostawy będzie drukarka laserowa czarnobiała A4 Lexmark MS 517. W tym miejscu należy podkreślić, iż zaoferowane urządzenie nie spełnia wymogu wyprodukowania w 2019 roku oraz posiada status „produkt end of life". Zgodnie z informacją udzieloną przez producenta urządzenia LEXMARK INTERNATIONAL POLSKA Sp. z o.o. z 12.06.2019 r., wynika, iż drukarka laserowa Lexmark MS517 nie była już produkowana w 2019 roku oraz na dzień 23.04.2019 r. jest produktem „End oflife"w rozumieniu zakończenia produkcji tej drukarki. W uchwale z 18.09.2014 r., sygn. akt: KIO/KD 79/14 KIO wskazała, że: "niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 PrZamPubl. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego". Odwołujący wskazał, że w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie dominuje pogląd, iż przed odrzuceniem oferty, Zamawiający winien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą na podstawia art. 87 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie procedura taka została przeprowadzona, jednakże w ocenie Odwołującego, mając na uwadze treść pisma producenta LEXMARK, w przedmiotowym postępowaniu, wyjaśnienia złożone przez Black Print P. M. nie doprowadziły i nie mogły doprowadzić do konwalidacji wadliwie złożonej przez tego wykonawcę oferty. Sama treść art. 87 ust 1 Pzp wskazuje, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zamawiający w dniu 14.06.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.06.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PQMAREX A. P, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc u uwzględnienie w całości. Zostało podpisane przez właściciela.

W dniu 19.06.2018 r. (e-mailem), a 21.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i dokona: - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; - ponownej oceny ofert: - odrzucenia oferty Black Print P. M.: - rozstrzygnięcia postępowania. Niniejsza odpowiedź został podpisana przez Dyrektora SP Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie. Izba, biorąc pod uwagę dokonane uwzględnienie, uznała, że mamy do czynienia z uwzględnieniem w całości odwołania, oraz brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 1095/19 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Jednocześnie, Izba informacyjnie wskazuje, że do uznania wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych konieczne jest przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) -

postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: