Sygn. akt: KIO 2667/20

WYROK

z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - PUH Proserw P. S., Compas sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Jednostkę Wojskową Nr 6021 z siedzibą Warszawie

przy udziale wykonawcy Control System FMN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiezgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2667/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - PUH Proserw P. S., Compas sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - PUH Proserw P. S., Compas sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - PUH Proserw P. S., Compas sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie na rzecz Zamawiającego: Jednostki Wojskowej Nr 6021 z siedzibą Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2667/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Jednostka Wojskowa Nr 6021 z siedzibą Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: zakup i dostawa kart zbliżeniowych HID GLOBAL MIFARE 13,56 MHz Classic 1 kl MF1MOA2S50 NXP UID4 dla jednostki będącej na zaopatrzeniu Jednostki Wojskowej Nr 6021, Numer referencyjny 25/2020/PN/INFR.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 058-138189.

W dniu 8 października 2020 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - PUH Proserw P. S., Compas sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu przetargu.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego w dniu 16 października 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej polegających na:

1.odrzuceniu oferty konsorcjum,

2.unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiającemu zarzucił:

1.naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp - poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione unieważnienie postępowania, na skutek odrzucenia oferty Konsorcjum, której cena nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

2.naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez nieuprawnione i

nieuzasadnione odrzucenie oferty Konsorcjum, pomimo, że treść oferty Konsorcjum odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3.naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości i odrzucenie oferty Konsorcjum uprzednio ocenionej jako najkorzystniejsza, pomimo braku unieważnienia uprzednio dokonanej czynności oceny ofert i wezwania Konsorcjum do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

4.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania i odrzucenie z uwagi na „zewnętrzne znaczniki identyfikacyjne" wyłącznie oferty Konsorcjum w sytuacji gdy z okoliczności sprawy wynika, iż wszystkie próbki musiały być oznaczone danymi oferentów i numerami porządkowymi.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty konsorcjum,

4.nakazanie kontynuowania postępowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

5.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15 000 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę na naruszenie przez Zamawiającego zasady przejrzystości procedury udzielenia zamówień publicznych, który w dniu 13.08.2020 wezwał konsorcjum do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższego Odwołujący wywnioskował, że Zamawiającyprzed 13 sierpnia 2020 r. dokonał oceny ofert pod względem ich zgodności z przedmiotem zamówienia (w szczególności zbadał dostarczone próbki), potwierdził, że przedmiot zaoferowany przez konsorcjum pozostaje zgodny z wymaganiami stawianymi w SIWZ i o dokonanej ocenie poinformował wykonawców.

Zauważył, że w oparciu o przedstawione na wezwanie dokumenty, Zamawiający powinien zatem jedynie potwierdzić okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym zaznaczył, że wbrew powyższemu, Zamawiający nie unieważniając uprzednio dokonanej czynności oceny oferty, ponownie dokonał tej oceny, co stanowi formalne naruszenie procedury udzielenia zamówień publicznych.

Przede wszystkim Odwołujący jednak wskazał, że odrzucenie jego oferty nastąpiło w warunkach, gdy jej treść pozostawała w zgodzie z SIWZ.

Stwierdził, że w niniejszej sprawie brak jest merytorycznych przesłanek do odrzucenia jego oferty.

Wskazał, że podana w zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty przyczyna uzasadniająca takie działanie Zamawiającego została określona jako zaoferowanie przedmiotu zamówienia posiadającego zewnętrzne znaczniki identyfikacyjne.

Według Odwołującego - powyższe twierdzenie jest nieprawdziwe i nie mogło zostać wywnioskowane na podstawie próbek załączonych przez Konsorcjum do oferty.

Podniósł, że składane przez wykonawców próbki mogą mieć charakter:

1.oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art, 66 § 1 Kc) czyli dowodu służącemu ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ, która co do zasady nie podlega modyfikacjom ani uzupełnieniu albo

2. tzw. dokumentu przedmiotowego tj. dowodu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (a przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący).

W swoim odwołaniu przytoczył część brzmienia załącznika nr 1 do SIWZ.

„1. [opis wymagań funkcjonalno-technicznych - przyp. aut.] Przedmiotem zamówienia jest dostawa 70 000 szt. kart zbliżeniowych HID GLOBAL MIFARE 13,56 MHz spełniających następujące wymagania funkcjonalno - techniczne:

1)Typ karty - Classic 1 kB,

2)Częstotliwość pracy - 13,56 MHz,

3)Struktura karty i pamięci - High speed CMOS 1 kB (1024 bajty) EEPROM, 8 Kbit zorganizowanych w 16 odrębnych sektorach z 4 blokami po 16 bajtów każdy blok,

4)Sposób wykonania karty - PVC posiadające powierzchnię druku High Ouality, na której możliwe będzie wykonanie druku termosublimacyjnego lub retransferowego; cała elektronika karty wykonana w postaci pojedynczego układu scalonego z anteną zatopioną w plastiku karty,

5)Zabezpieczenie: (...)

2.[opis wymagań dodatkowych- przyp. aut.] Karty zbliżeniowe będące przedmiotem zamówienia muszą spełniać następujące wymagania dodatkowe:

1)nie mogą posiadać jakichkolwiek zewnętrznych jawnych znaczników identyfikacyjnych, np. numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty,

2)nie mogą posiadać otworów, nacięć, szczelin wprowadzonych w warstwie termokompresyjnej np. nacięć na klips lub taśmę nośną,

3)muszą być konfekcjonowane w blokach po 50-100 szt. umieszczonych w pudełkach zbiorczych na 250-500 szt.

3.[wymaganie kompatybilności z systemem Zamawiającego- przyp. aut.] Karty zbliżeniowe będące przedmiotem zamówienia muszą zapewniać pełną kompatybilność z urządzeniem kodującym będącym własnością beneficjenta Jednostki Wojskowej Nr 2414, tj.

1)posiadać niepowtarzalny i niemodyfikowalny 4 bajtowy numer układu scalonego (UID-4),

2)zawierać oryginalny układ scalony NXP MF1MOA2S50,

3)nie mogą być zabezpieczone kluczem transportowym blokującym odczyt lub zapis kart.

4.[produkty równoważne- przyp. aut.] (...) za równoważną przedmiotowi zamówienia uznaje się kartę zbliżeniową Mifare Classic 1 kB MHz inna niż karta z procesorem NCP MF 1 MOAS2S50 UID 4, która będzie kompatybilna urządzeniem kodującym beneficjenta tj. przejdzie w pełnym zakresie test kompatybilności z systemem kontroli dostępu garnizonu Warszawa".

Nadto, wskazał, że zgodnie z Rozdz. III pkt 11 SIWZ Zamawiający zażądał „złożenia do oferty:

1) próbek przedmiotu zamówienia w ilości 10 szt.

Próbki muszą spełniać następujące warunki:

a)próbka testowa nie może zawierać mniej niż 10 szt. kart zbliżeniowych MIFARE,

b)każda próbka testowa (karta zbliżeniowa) musi być oznaczona jednoznaczna cechą WYKONAWCY (np. nazwa i adres wykonawcy) oraz kolejnym numerem porządkowym (np. 01, 02, itd.If SIWZ nie precyzował przy tym w jaki sposób wykonawca ma oznaczyć próbne karty tzn. czy numery i dane mają być nadrukowane, zapisane na nalepce czy też na samej karcie pozostawiając to do uznania wykonawcy- przy.aut]. Podstawę dopuszczenia WYKONAWCY do realizacji przedmiotu zamówienia będzie pozytywne przejście testu kompatybilności. (...) Negatywna ocena testu oznacza niezgodność próbek z wymaganiami ZAMAWIAJĄCEGO, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.".

Na podstawie powyższych postanowień SIWZ wywnioskował, że w zakresie wymagań dodatkowych próbki muszą różnić się od kart dostarczanych następnie przez wykonawcę .

Przedmiot zamówienia	Próbki
nie mogą posiadać jakichkolwiek zewnętrznych jawnych znaczników identyfikacyjnych, np. numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty	musi być oznaczona jednoznaczną cechą Wykonawcy (np. nazwa i adres wykonawcy) oraz kolejnym numerem porządkowym (np, 01, 02, itd.).
muszą być konfekcjonowane w blokach po 50-100 szt. umieszczonych w pudełkach zbiorczych na 250-500 szt.	próbka testowa nie może zawierać mniej niż 10 szt.

Zauważył, że Zamawiający w SIWZ wymagał, aby Wykonawca oznaczył próbki kart swoimi danymi, czyli swoją firmą i adresem, ale to nie prowadzi do wniosku, że Wykonawca ma w ten sam sposób oznaczać karty dostarczane Zamawiającemu. Równie nielogiczna byłaby interpretacja SIWZ nakazująca konfekcjonowanie próbki składającej się z 10 szt. w bloku po 50-100 szt.

Zdaniem Odwołującego - próbka nie mogła zatem stanowić ani potwierdzenia ani zaprzeczenia spełniania wymagań dodatkowych.

W związku z powyższą treścią SIWZ wyraził opinię, że jej postanowienia należy interpretować w ten sposób, że

próbki stanowiły część oferty w zakresie badania wymagań funkcjonalno-technicznych (zał. 1 SIWZ pkt 1), a także kompatybilności z systemem Zamawiającego zał. 1 SIWZ pkt 3), a nie w zakresie wymagań dodatkowych.

Według Odwołującego - powyższą wykładnię dokumentu potwierdza również zapis SIWZ (Rozdz. III pkt 11), który wskazuje, że odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkować będzie:

•brak wymaganych próbek;

•negatywna ocena testu kompatybilności oznaczająca niezgodność próbek z wymaganiami Zamawiającego (test ten nie potwierdza spełniania wymagań dodatkowych a jedynie funkcjonalno-techniczne i należytą współpracę z systemem Zamawiającego).

Podniósł okoliczność, że Konsorcjum dostarczyło próbki kart i próbki te „pozostają kompatybilne z systemem (przeszły próbę kompatybilności)" (tak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Konsorcjum). Nie została zatem spełniona żadna z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa do odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego - zakresie wymagań dodatkowych próbkę należało uznać za całkowicie irrelewantną (próbka w tym zakresie musiała mieć cechy odmienne), ewentualnie za tzw. dokument przedmiotowy, który podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli przedłożone dokumenty, w tym np. próbki budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

W związku z zarzutami podniesionymi w postępowaniu przez innego wykonawcę, w celu uniknięcia wątpliwości co do oferowanego przedmiotu zamówienia, Odwołujący oświadczył, że nie czekając na stosowne wezwanie, złożył potwierdzenie, iż dostarczy karty „nieposiadające zewnętrznych znaczników identyfikacyjnych np. „numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty", zaś numery i dane firmy zamieszczone zostały przez niego wyłącznie na próbkach kart w celu spełnienia wymagań wynikających z Rozdz. III pkt 11 SIWZ.

Z ostrożności, na wypadek uznania, że dostarczana próbka miała jednak stanowić część oferty w zakresie wymagań dodatkowych oraz potwierdzać ich spełnianie oświadczam i wyjaśnił, że Odwołujący złożył ofertę zgodną z SIWZ w zakresie wszystkich wymagań, w tym dodatkowych, stawianych kartom, bowiem przedmiot zamówienia oferowany przez konsorcjum nie posiada znaczników identyfikacyjnych.

Karty RFID mogą być spersonalizowane przez znaczniki identyfikacyjne takie jak:

•nr CSN czyli wydrukowany na powierzchni karty numer seryjny karty,

•imię i nazwisko użytkownika,

•nadruk offsetowy np. logo firmy, zdobienia, zdjęcie użytkownika,

•kody graficzne, hologramy, paski magnetyczne.

Wskazał, że znacznikiem identyfikacyjnym nie jest samo logo producenta, bo w przeciwieństwie do powyższych nie identyfikuje użytkownika/posiadacza karty. Co więcej logo takie jest zamieszczone na wszystkich kartach produkowanych przez HID Global.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zażądał dostawy kart producenta HID Global lub równoważnych, a zatem skoro wszystkie karty HID posiadają logo to nie sposób uznać za logiczne, iż Zamawiający zażądał dostawy kart HID bez logo (takie nie są co do zasady produkowane). Wówczas zmuszony byłby bowiem do odrzucenia wszystkich ofert dostawy kart HID, mimo że z opisu wynika, iż takich kart oczekuje.

W ocenie Odwołującego - logo producenta pozostaje bez wpływu na spełnianie przez karty wymagań funkcjonalno-technicznych określonych w zał. 1 do SIWZ 1 ppkt 4 tj. możliwość wykonania na karcie druku termosublimacyjnego lub retransferowego.

Dodał przy tym, że próbki wszystkich wykonawców musiały być oznaczone ich firmą i numerem porządkowym. Ponad to wszyscy oferenci zaoferowali dostawę kart producenta HID GLOBAL (na co jednoznacznie wskazują oferty-specyfikacja asortymentowo-cenowa stanowiąca część ofert), co oznacza, że próbki dostarczone przez wszystkich oferentów muszą posiadać logo HID.

Pismem z dnia 22 października 2020 r. wykonawca Control System FMN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania z dnia 8 października 2020r,

zgłoszenia przystąpienia z dnia 22 października 2020 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 30 października 2020 r. na stanowisko Przystępującego, oględzin zaoferowanej próbki karty, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.26 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2, art.92 ust.1 pkt 3, art.93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 11 rozdziału III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia postanowił, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia do oferty:

1) próbek przedmiotu zamówienia w ilości 10 szt. Próbki muszą spełniać następujące warunki:

a)próbka testowa nie może zawierać mniej niż 10 szt. kart zbliżeniowych MIFARE,

b)każda próbka testowa (karta zbliżeniowa) musi być oznaczona jednoznaczną cechą WYKONAWCY (np. nazwa i adres wykonawcy) oraz kolejnym numerem porządkowym (np. 01, 02, itd.). Podstawę dopuszczenia Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia będzie pozytywne przejście testu kompatybilności. Wynik testu danej próbki uznaje się za „pozytywny" w przypadku uzyskania 10 punktów pojedynczej karty MIFARE oraz 100 punktów w przypadku testu próbki zawierającej 10 szt. Test danej próbki (pojedynczej karty MIFARE) przerywa się w momencie uzyskania pierwszego negatywnego zapisu (wynik nieprawidłowy). Zasady przeprowadzenia testu wynikają z procedury bezpieczeństwa „Test kompatybilności kart MIFARE z systemem kontroli dostępu Garnizonu Warszawa". Negatywna ocena testu oznacza niezgodność próbek z wymaganiami Zamawiającego, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Potencjalni Wykonawcy zobowiązani są do nieodpłatnego dostarczenia próbek. Próbki nie podlegają zwrotowi.

Zamawiający odstępuje od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej z uwagi na konieczność przedstawienia próbek, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku próbek mających charakter materialny jedyną możliwości jest jej fizyczne udostępnienie Zamawiającemu. Sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci papierowej, opatruje się numerem postępowania oraz własnoręcznym podpisem składa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. — Prawo pocztowe (Dz. U. z 2018 r. poz. 2188 oraz z 2019 r. poz. 1051 i 1495), osobiście lub za pośrednictwem posłańca w siedzibie Zamawiającego (kancelaria jawna) w nieprzekraczalnym terminie tj.: do dnia 27 kwietnia 2020 r., do godz. 10:00. Próbki stanowią integralną cześć oferty. Brak wymaganych próbek skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba dostrzegła również, że analogiczne postanowienia SIWZ jak w rozdziale III znajdują się w również rozdziale X – opis sposobu przygotowania oferty.

W przekonaniu Izby - powyższe postanowienia SIWZ w sposób nie budzący wątpliwości przesądzają kwestię charakteru prawnego załączonej do oferty próbki, jako stanowiącej część oferty.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że uregulowania rozdziału V SIWZ – warunki udziału w postępowaniu, a także rozdziału VI SIWZ – wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia nie zawierają jakiegokolwiek unormowania odnoszącego się do próbek.

W związku z powyższym Izba nie mogła uznać próbki karty złożonej wraz z ofertą za próbkę w rozumieniu przepisu § 13 ust.1 pkt 1 rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. , tj. z dnia 29 czerwca 2020 r. , który to przepis stanowi, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Jeżeli zatem oceniana próbka nie miała na celu potwierdzenia spełniania warunków przedmiotowych na zasadzie art.25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz stanowiła treść oferty, to nie mogła ona podlegać zmianie.

Zgodnie z art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą

negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Jednocześnie, jeżeli przedmiotowa próbka nie miała za zadanie potwierdzenia spełniania przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez zamawiającego w myśl przepisu art.25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, to nie miał do niej zastosowania przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Dalej, Izba ustaliła, że w pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia postanowiono, żekarty zbliżeniowe będące przedmiotem zamówienia muszą spełniać następujące wymagania dodatkowe:

1)nie mogą posiadać jakichkolwiek zewnętrznych jawnych znaczników identyfikacyjnych, np. numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty,

2)nie mogą posiadać otworów, nacięć, szczelin wprowadzonych w warstwie termokompresyjnej np. nacięć na klips lub taśmę nośną,

3)muszą być konfekcjonowane w blokach po 50-100 szt. umieszczonych w pudełkach zbiorczych na 250-500 szt.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że w pkt 5załącznika nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wprowadził analogiczne wymagania jak w cytowanym wyżej pkt 11 rozdziału III SIWZ.

Wymaga wskazania, że do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 konieczna jest przede wszystkim identyfikacja trzech elementów:

1)konkretnej treści SIWZ,

2)konkretnej treści oferty,

3)stwierdzenie występowania kolizji pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie badana treść SIWZ, to postanowienia pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia dotyczące wymagań dodatkowych polegających na tym, że karty zbliżeniowe będące przedmiotem zamówienia nie mogą posiadać jakichkolwiek zewnętrznych jawnych znaczników identyfikacyjnych, np. numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty.

Następnie, Izba uznała, że treść oferty została wyrażona w 10 próbkach kart na których w wyniku oględzin stwierdzono, że oprócz dopuszczonych oznaczeń jednoznacznych cech wykonawcy (nazwa i adres wykonawcy) oraz kolejnych numerów porządkowych (od 1 do 10, itd.) zaznaczonych na jednej stronie karty znajdują się również logo HID MIFARE M1L oraz dodatkowe numery zawierające informacje producenta.

W ocenie Izby – próbka karty czy też karta zawierająca zewnętrzne oznaczenie producenta karty w postaci numeru zawierającego określone zakodowane informacje stanowiła zewnętrzny jawny znacznik identyfikacyjny pozwalający na określenie jej cech.

Należy zauważyć, że Zamawiający w powołanych wyżej postanowieniach SIWZ nie ograniczył się jedynie do numeru CSN wydrukowanego na powierzchni karty, lecz wskazał przykładowo ten element stanowiący zewnętrzny jawny znacznik identyfikacyjny danej karty.

Wobec tego należało przyjąć, że widoczne oznaczenie próbki karty z numeracją producenta, która pozwala na identyfikację informacji w niej zapisanych, w warunkach gdy nie jest to numer porządkowy wykonawcy, nie odpowiada powołanemu wyżej wymaganiu SIWZ.

Natomiast, Izba nie uznała za sprzeczne z SIWZ umieszczenie przez Odwołującego na próbce karty logo producenta, bowiem już w samej nazwie przedmiotu zamówienia jest wskazanie HID GLOBAL MIFARE, co ujawnia producenta karty, a zatem jest to okoliczność irrelewantna dla oceny przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność ta została przyznana przez producenta HID Global PACS w piśmie z dnia 30 października 2020 r., który logo nie uznał za znacznik identyfikujący. Natomiast w powyższym piśmie nie ma informacji odnośnie znaczenia ciągu cyfr na zaoferowanych próbkach kart, co koresponduje z tezą, że są to jawne znaczniki identyfikacyjne danej karty.

Wymaga również zaznaczenia, że żaden z wykonawców nie występował o wyjaśnienie treści SIWZ w spornym

zakresie, a pozostali wykonawcy nie umieścili na zaoferowanych próbkach kart podobnych numerów identyfikacyjnych.

W świetle powyższego za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Za nietrafny Izba uznała zarzut odwołania oparty o przepis art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, z tego względu, że Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 8 października 2020 r. szczegółowo powiadomił Odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty.

Konsekwencją dokonanej przez Izbę powyższej oceny prawnej jest konieczność przyjęcia zapatrywania, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, a zatem brak jest causa do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ostatecznie, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art.7 ust.1 w związku z art.26 ust.1 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący w ogóle nie wskazał z jakiej konkretnej czynności Zamawiającego dokonanej przed dniem 13 sierpnia 2020 r. wywodzi powyższe naruszenie prawa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……