Sygn. akt KIO 2461/22

WYROK

z dnia 30 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Sejny, ul. Piłsudskiego 25,

16-500 Sejny

przy udziale wykonawcy Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), art. 18 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie udostępnienia kompletnej dokumentacji postępowania w terminie, w którym odwołujący uprawniony był do skorzystania ze środków ochrony prawnej, czym zamawiający naruszył zasadę jawności, przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu ewentualnego - zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług/dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, podczas gdy wykonawca Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przedstawił wykaz usług/dostaw, referencje, protokoły odbioru, które nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft, Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

3. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Tensoft

Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Tensoft Sp. z o.o. z

siedzibą w Opolu, ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od wykonawcy Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole na rzecz wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 2461/22

Uzasadnienie

Miasto Sejny, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę oprogramowania e-Usług oraz sprzętu wraz z usługą wdrożenia dla Miasta Sejny". Postępowanie prowadzone jest z podziałem na części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 117-329349

W dniu 19 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie zadania nr 1 polegających na:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej „wykonawcą Tensoft", jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,
ewentualnie

3. zaniechaniu wezwania wykonawcy Tensoft do wyjaśnień lub do złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. w zakresie zarzutu nr 1 - art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie braku zaoferowania przez wykonawcę Tensoft monitora odpowiadającego minimalnym parametrom technicznym wymaganym przez Zamawiającego, tj. przekątnej ekranu monitora wynoszącej 23" +/- 0,5", a tym samym w zakresie braku spełnienia przez wykonawcę Tensoft wymagania wskazanego w tabeli pn. Monitory do stacji dokujących zawartej w pkt 4 części I (dotyczącej zadania nr 1) załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") - Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ"), pomimo że wykonawca Tensoft przyznał, że jego oferta opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań,

2. w zakresie zarzutu nr 2 - art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), zwanego dalej „rozporządzeniem", w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 18 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia kompletnej dokumentacji postępowania w terminie, w którym Odwołujący uprawniony był do skorzystania ze środków ochrony prawnej, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności, przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. ewentualnie, w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu nr 1, w zakresie zarzutu nr 3

- art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Tensoft do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług/dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, podczas gdy wykonawca Tensoft przedstawił wykaz usług/dostaw, referencje, protokoły odbioru, które nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Tensoft jako najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3. odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

5. udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w zakresie wskazanym w

odwołaniu,

6. wezwania wykonawcy Tensoft do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług/dostaw, referencji, protokołów odbioru, potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu oraz wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie w skazanym w treści odwołania,

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący podniósł m.in., iż Zamawiający w tabeli pn. Monitory do stacji dokujących zawartej w pkt 4 części I (dotyczącej zadania nr 1) załącznika nr 8 do SWZ - SOPZ sprecyzował wymagania minimalne dotyczące parametrów technicznych dla określonych komponentów. Wymogi dotyczące przekątnej ekranu oraz formatu monitora oznaczone zostały następująco: min. 23" / 16:9 +/- 0,5" (kolumna druga, wiersz drugi tabeli). Warunek ten został dookreślony przez Zamawiającego pismem z dnia 11 lipca 2022 r. pn. Zestaw pytań nr 3 do przetargu nieograniczonego, w którym na wniosek o zmianę SWZ (pytanie nr 11 do treści SOPZ) o następującym brzmieniu: Zamawiający wymaga monitora o przekątnej ekranu min. 23" po czym określa przedział dla tej wartość +/- 0,5". Jeżeli wartość 23" jest wymaganym parametrem minimalnym to nie ma sensu określać dla tej wartości przedziału +/-, bo wedle tego każdy monitor większy od 22,5" będzie spełniał te wymaganie. Prosimy zatem o korektę tego zapisu, Zamawiający udzielił odpowiedzi: Zapis oznacza, że Wykonawca zaoferować musi monitor o przekątnej min. 23" max. 23.5".

Tymczasem wykonawca Tensoft w ramach tego postępowania zaoferował dostarczenie monitora producenta HP o numerze 7VH44AA. Zgodnie ze specyfikacją przedmiotowego monitora, udostępnioną na stronie producenta, przekątna ekranu monitora HP P24h G4 FHD wynosi „23.8". Tym samym, oferowany przez Tensoft monitor jest niezgodny z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego w treści SOPZ.

Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Tensoft z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zaoferowanych monitorów, których przekątna ekranu nie odpowiada SWZ w kontekście odpowiedzi Zamawiającego udzielonych w toku Postępowania.

W odpowiedzi na przedmiotowe pismo, wykonawca Tensoft oświadczeniem z dnia 24 sierpnia 2022 r. wskazał, że złożona przez niego oferta wraz z załącznikami sporządzona została na podstawie SOPZ, lecz bez uwzględnienia treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 11 lipca 2022 r. (jak wskazał wykonawca Tensoft: oferta wraz z dokumentacją opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań). Jednocześnie, wykonawca Tensoft dodał, że w jego ocenie zaoferowane monitory spełniają wymagania określone w SOPZ, bowiem Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 11, o którym mowa w ust. 3 powyżej, doprecyzował jedynie konkretny wycinek specyfikacji monitora odnoszący się tylko do parametrów przekątnej ekranu, [...] pozostawiając główny zapis odnoszący się do całego monitora mianowicie że są to wymagania minimalne parametrów technicznych monitora.

W ocenie Odwołującego Zamawiający, otrzymując przedmiotową odpowiedź od wykonawcy Tensoft, winien niezwłocznie odrzucić jego ofertę z postępowania, gdyż z odpowiedzi wykonawcy Tensoft wynika, że ewidentnie nie przeczytał on pytania nr 11 wraz z odpowiedzią na nie lub odpowiedź zignorował i w świetle doprecyzowania parametrów przekątnej monitora złożył on ofertę niezgodną z warunkami Zamówienia.

Odnośnie zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł m.in., że pismem z dnia 12 września 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej na podstawie art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek, Zamawiający w dniu 16 września 2022 r. dokonał udostępnienia protokołu postępowania, wystosowując jednocześnie pismo, w którym wyodrębnił załączone dokumenty podlegające udostępnieniu, tj. protokół z postępowania, protokół z prezentacji przedmiotowego środka dowodowego - próbki, ofertę wykonawcy Tensoft wraz z załącznikami, podmiotowe środki dowodowe oraz korespondencję. Jednocześnie, Zamawiający zaznaczył, że dysk z próbką został wysłany pocztą tradycyjną z uwagi na jego rozmiar.

Odwołujący podniósł, że z przesłanej dokumentacji nie wynika, że wykonawca Tensoft zastrzegł jakikolwiek dokument, jako zawierający informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem wszystkie dokumenty złożone przez tego wykonawcę w postępowaniu są jawne i podlegają udostępnieniu w terminie na skorzystanie ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Nadto dodał, że Zamawiający, wysyłając pocztą próbkę oprogramowania złożoną przez wykonawcę Tensoft, uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z nią przed terminem na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, gdyż do dnia 19 września 2022 r. czyli do końcowego dnia terminu na złożenie odwołania Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z jawną próbką, a więc nie miał możliwości zweryfikowania poprawności decyzji Zamawiającego w kontekście pozytywnej oceny próbki.

Zgodnie z § 5 ust. 4 Rozporządzenia, Zamawiający zobligowany był do udostępnienia protokołu Postępowania wraz z załącznikami niezwłocznie. Tym samym Zamawiający, dokonując czynności udostępnienia dokumentacji przetargowej w dniu 16 września 2022 r. - uczynił to w sposób wadliwy - Zamawiający nie przesłał kompletnej dokumentacji postępowania, w związku z czym Odwołujący nie miał możliwości wglądu do dokumentacji przetargowej, co doprowadziło do naruszenia zasady jawności, przejrzystości postępowania, a także naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący, nie mogąc zapoznać się z jawną próbką, został pozbawiony możliwości zweryfikowania ewentualnych naruszeń Zamawiającego w toku procesu badania próbki złożonej przez wykonawcę Tensoft oraz - w przypadku zaistnienia naruszeń - sformułowania odpowiednich zarzutów odwoławczych.

Odnośnie zarzutu nr 3 - zarzutu ewentualnego - Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Tensoft do uzupełnienia wykazu usług/dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, jak również zaniechał wezwania do

złożenia wyjaśnień.

Wykonawca Tensoft w złożonym w Wykazie usług/dostaw, który zawiera łącznie 14 pozycji nie wskazał, które ze realizowanych zamówień spełniają wymagania postawione w

warunku w punkcie 1.4.1.1.2. i 1.4.1.1.3., tj. nie podał jakiejkolwiek informacji w tym zakresie. Co prawda z protokołu końcowego dla zamówienia realizowanego dla Zamawiającego -

Gmina Miejska Iława wynika, że zamówienie realizowane przez wykonawcę Tensoft spełnia powyższe dwa wymagania, jednakże z w ocenie Odwołującego z treści pozostałych, udostępnionych referencji i protokołów nie wynika spełnienie zarówno wymagania z pkt.

I. 4.1.1.2., jak i z pkt. 1.4.1.1.3. SWZ. Z treści udostępnionej korespondencji nie wynika, że Zamawiający zwracał się do wykonawcy Tensoft, czy do podmiotów trzecich o udzielenie wyjaśnień, przedstawienie dokumentów w zakresie złożonych przez wykonawcę Tensoft

podmiotowych środków dowodowych. Zatem na podstawie przedstawionych przez wykonawcę Tensoft podmiotowych środków dowodowych Zamawiający mógł ocenić jedynie, że zamówienie realizowane dla Gminy Miejskiej Iława, spełnia ww. dwa wymagania. Niewątpliwie, Tensoft nie wykazał Zamawiającemu, że wykonał co najmniej dwa zamówienia o zakresie wskazanym w pkt. 1.4.1.1.2., jak i z pkt. 1.4.1.1.3. SWZ. Zamawiający winien wezwać wykonawcę Tensoft do uzupełnienia Wykazu usług/dostaw w zakresie zamówień spełniających ww. wymagania oraz wezwać do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. wymagań lub wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów.

Z treści Wykazu usług/dostaw wynika, że dla spełnienia wymagania z punktu 1.4.1.4. wykonawca Tensoft przedstawił zamówienie Projekt polegający na dostawie i wdrożeniu

m. in. sprzętu serwerowego (w tym trzy serwery i trzy macierze) realizowany na rzecz Dom Maklerski Banku Ochrony Środowiska S.A. oraz zamówienie Projekt polegający na dostawie i wdrożeniu m.in. sprzętu serwerowego (w tym ponad dwa serwery i jedna macierz) realizowanego na rzecz Integer Services Sp. z o.o. Z treści udostępnionej dokumentacji nie wynika, że wykonawca Tensoft przedstawił dokument potwierdzający należyte wykonania zamówienia na rzecz Integer Services Sp. z o.o. Potwierdza to również Raport z wyniku weryfikacji dokumentów Tensoft, który nie zawiera również informacji o załączeniu tego dokumentu, czy też dokumentu, który uzasadniałby jego utajnienie, w przypadku złożenia. Zatem również w zakresie spełnienia ww. wymogu wykonawca Tensoft nie wykazał legitymowania się dwoma zamówienia i winien zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia realizowanego na rzecz Integer Services Sp. z o.o. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający posiada ten dokument, a nie udostępnił go Odwołującemu, aktualizuje się zarzut zaniechania jawnej dokumentacji również w zakresie tego dokumentu.

Wykonawca Tensoft celem spełnienia wymagania z punktu 1.4.1.6. przedstawił zamówienie realizowane dla Sądu Apelacyjnego w Lublinie, z którego wynika, że podmiot udostępniający zasoby - Comtegra dostarczał i wdrażał przełączniki Cisco. Z referencji nie wynika jednak, ażeby dostawa i wdrożenie dotyczyły również urządzeń UTM/FWNG, co jest niezbędne dla spełnienia ww. wymagania. W zakresie zaś drugiej referencji przedstawionej na spełnienie ww. wymagania - w zakresie zamówienia realizowanego przez Comtegra dla

CERI International Sp. z o.o. sytuacja jest odwrotna - widać z niej, że Comtegra dostarczała i wdrażała urządzenia UTM/FWNG, nie widać zaś spełnienia drugiej części wymogu w zakresie dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w postaci dwóch przełączników. Zamawiający winien wezwać wykonawcę Tensoft do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie przedstawionych referencji.

Reasumując Odwołujący podniósł, że Zamawiający postawił wiele wymagań w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, natomiast nie dochował należytej staranności przy weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę Tensoft.

Zamawiający kopię otrzymanego odwołania zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej Wykonawcom znanym Zamawiającemu na tym etapie postępowania.

W dniu 23 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Tensoft, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopię przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 29 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zaskarżonych czynności Zamawiającego polegających na:

1. czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę

   Tensoft,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft,

3. udostępnienia kompletnej dokumentacji postępowania przez Zamawiającego.

Reasumując Zamawiający wskazał, iż uwzględnia postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczące naruszeń art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, modyfikacje SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Na uwzględnienie nie zasługiwał także wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) odwołanie zostało wniesione przez podmiot

nieuprawniony Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505

ustawy Pzp i są nimi: wykonawca, uczestnik konkursu i inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej), który jest w stanie wykazać spełnienie materialnoprawnych przesłanek do skorzystania ze środka ochrony prawnej - jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Wskazany przepis wymienia więc podmioty uprawnione do skorzystania ze środków ochrony prawnej. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jego oferta w rankingu ofert została sklasyfikowana na pozycji 2. Odwołujący się wykonawca nie został wykluczony z postępowania a jego oferta nie została odrzucona. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia wniesionego odwołania byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący miał bowiem interes w uzyskaniu zamówienia w dacie wniesienia odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, co jednoznacznie świadczy o spełnieniu przesłanki materialnoprawnej wymaganej przepisami ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu zamówienia bada się bowiem na datę wniesienia odwołania. Oferta Odwołującego - jak wynika z protokołu postępowania (dla zadania nr 1) - została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert. Tym samym dalsze hipotetyczne czynności Zamawiającego, jakie miałyby zostać podjęte na skutek uwzględnienia odwołania, prowadzące do badania i oceny oferty Odwołującego a w konsekwencji także ewentualnego odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, nie pozbawiają tego wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty, która to oferta - w ocenie Odwołującego - powinna być odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność z SWZ. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej w stosunku do kwestionowanej czynności, ale ze względu na ewentualne unieważnienie postępowania, którego w przyszłości może dokonać Zamawiający. Takie działanie nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE „wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałoby być unieważnienia postępowania, gdyż wówczas Wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu” (TSUE w sprawie C-689/13).

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Tensoft do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Odwołującego i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), art. 18 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie udostępnienia kompletnej dokumentacji postępowania w terminie, w którym Odwołujący uprawniony był do skorzystania ze środków ochrony prawnej, czym zamawiający naruszył zasadę jawności, przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu ewentualnego - zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług/dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, podczas gdy wykonawca Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przedstawił wykaz usług/dostaw, referencje, protokoły odbioru, które nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft, Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut ten został postawiony jako zarzut ewentualny wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1, tj. zarzutu

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie braku zaoferowania przez wykonawcę Tensoft monitora odpowiadającego minimalnym parametrom technicznym wymaganym przez Zamawiającego, tj. przekątnej ekranu monitora wynoszącej 23” +/- 0,5”, a tym samym w zakresie braku spełnienia przez wykonawcę Tensoft wymagania wskazanego w tabeli pn. Monitory do stacji dokujących zawartej w pkt 4 części I (dotyczącej zadania nr 1) załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) - Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ”), pomimo że wykonawca Tensoft przyznał, że jego oferta opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań. A ponieważ zarzut nr 1 został uwzględniony rozpoznanie tego zarzutu, zgodnie z wnioskiem Odwołującego sformułowanym w odwołaniu, stało się zbędne. Zarzut ten miał bowiem charakter dodatkowy i uwzględnienie zarzutu w zakresie zarzutu pierwszego - podstawowego (najdalej idącego zarzutu - zarzutu odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft) stanowi już realizację żądań Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie braku zaoferowania przez wykonawcę Tensoft monitora odpowiadającego minimalnym parametrom technicznym wymaganym przez Zamawiającego, tj. przekątnej ekranu monitora wynoszącej 23” +/- 0,5”, a tym samym w zakresie braku spełnienia przez wykonawcę Tensoft wymagania wskazanego w tabeli pn. Monitory do stacji dokujących zawartej w pkt 4 części I (dotyczącej zadania nr 1) załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) - Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ”), pomimo że wykonawca Tensoft przyznał, że jego oferta opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań, potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w „Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia", stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ w punkcie 4 „Dostawa sprzętu", w tabeli „Monitory do stacji dokujących" wskazał wymagane minimalne parametry techniczne monitora, gdzie dla komponentu „przekątna ekranu / format" podał „Min. 23" / 16:9 +/- 0,5".

Zamawiający, odpowiadając na pytanie 11 (zestaw pytań nr 3) pismem z dnia 11 lipca 2022 r., podał:

„Pytanie 11 SOPZ/Dostawa sprzętu/ Monitory do stacji dokujących

Zamawiający wymaga monitora o przekątnej ekranu min. 23" po czym określa przedział dla tej wartość +/- 0,5". Jeżeli wartość 23" jest wymaganym parametrem minimalnym to nie ma sensu określać dla tej wartości przedziału +/-, bo wedle tego każdy monitor większy od 22,5" będzie spełniał te wymaganie. Prosimy zatem o korektę tego zapisu.

Odpowiedź: Zapis oznacza, że Wykonawca zaoferować musi monitor o przekątnej min. 23"

max. 23.5".

Wykonawca Tensoft w pozycji 6 tabeli „Komputer stacjonarny z monitorem LCD" zawartej w formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, zaoferował dostarczenie monitora producenta HP o numerze „7VH44AA".

Zamawiający, pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r., zwrócił się do wykonawcy Tensoft z „prośbą o wyjaśnienie treści oferty w kwestii zaoferowanych monitorów, których przekątna ekranu nie odpowiada SWZ w kontekście odpowiedzi udzielonych w toku postępowania".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Tensoft, pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r., wyjaśnił, że „oferta wraz z dokumentacją opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań. Pomimo tego w odpowiedzi na pytanie nr 11 z Zestawu pytań nr 3 z dnia 11 lipca 2022 doprecyzowali Państwo konkretny wycinek specyfikacji monitora odnoszący się tylko do parametrów przekątnej ekranu. Jednocześnie pozostawiając główny zapis odnoszący się do całego monitora mianowicie że są to wymagania minimalne parametrów technicznych monitora. Niniejszym monitor zaoferowany przez nas w ofercie spełnia wymagania OPZ.".

Pismem z dnia 9 września 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Tensoft jako najkorzystniejszej.

W dniu 19 września 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie braku zaoferowania przez wykonawcę Tensoft monitora odpowiadającego minimalnym parametrom technicznym wymaganym przez Zamawiającego, tj. przekątnej ekranu monitora wynoszącej 23" +/- 0,5", a tym samym w zakresie braku spełnienia przez wykonawcę Tensoft wymagania wskazanego w tabeli pn. Monitory do stacji dokujących zawartej w pkt 4 części I (dotyczącej zadania nr 1) załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") -

Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ"), pomimo że wykonawca Tensoft przyznał, że jego oferta opierała się na OPZ pierwotnym, sprzed pytań.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (...)".

Warunki zamówienia - zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp - to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą odrzucenia oferty jest więc niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w SWZ (SOPZ) podał minimalne parametry techniczne monitora, wskazując dla komponentu „przekątna ekranu / format" „Min. 23" / 16:9 +/- 0,5", a więc podał parametry, których spełnienie było obligatoryjne dla wszystkich wykonawców. Co więcej, odpowiadając na pytania wykonawców Zamawiający jednoznacznie wskazał, że „Wykonawca zaoferować musi monitor o przekątnej min. 23" max. 23.5". Oznacza to, że Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny podał wartość przekątnej ekranu zamawianego monitora.

Tymczasem wykonawca Tensoft, co jest bezspornym, zaoferował monitor producenta HP o numerze 7VH44AA, którego przekątna ekranu monitora wynosi „23,8". Wykonawca

ten, odpowiadając na pytanie Zamawiającego w zakresie dotyczącym przekątnej ekranu zaoferowanego monitora sam przyznał, że „złożona przez niego oferta wraz z załącznikami sporządzona została na podstawie SOPZ, lecz bez uwzględnienia treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 11 lipca 2022 roku".

Niezgodność jego oferty polega więc, w świetle doprecyzowania przez Zamawiającego parametrów przekątnej ekranu monitora, na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ (SOPZ) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, tj. w sposób nieodpowiadający zawartym w nim wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający podał bowiem w SOPZ wartość przekątnej ekranu zamawianego monitora. Wobec powyższego wykonawca zobowiązany był zaoferować monitor o przekątnej mieszczącej się w podanych przez niego granicach, tj. „min. 23" max. 23.5". A ponieważ zaoferowany przez wykonawcę Tensoft monitor nie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w warunkach zamówienia oznacza to, że wykonawca Tensoft zaoferował monitor o innych parametrach niż wymagane przez Zamawiającego w SOPZ. Nie uwzględnił bowiem - jak przyznał - odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytania wykonawców, mimo że odpowiedzi udzielane na pytania wykonawców, co jest oczywiste, są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Tak więc wykonawca Tensoft powinien je uwzględnić, sporządzając a następnie składając swą ofertę. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca Tensoft złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ (SOPZ) i wyjaśnionymi w udzielonej odpowiedzi.

Odnosząc się nadto do argumentacji podnoszonej przez Przystępującego a dotyczącej zaoferowania przez niego monitora równoważnego podkreślić należy, że Zamawiający w SWZ określił „Ogólne zasady równoważności rozwiązań", wskazując że „dostarczenie rozwiązania równoważnego musi być zrealizowane w taki sposób, aby wymiana oprogramowania na równoważne nie zakłóciła bieżącej pracy Urzędu". Tym samym - jak słusznie podniósł Odwołujący - rozwiązania równoważne miały dotyczyć technologii nie urządzeń, dla których w SOPZ precyzyjnie określono i uściślono parametry, w tym także parametry monitora.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....