Sygn. akt: KIO 669/23

WYROK

z dnia 22 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2023 r. przez wykonawcę Alfavox Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

w postępowaniu prowadzonym przez Krajową Informację Skarbową w Bielsku-Białej,

przy udziale wykonawcy VisionCube S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty VisionCube S.A. z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty VisionCube S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża Krajową Informację Skarbową w Bielsku-Białej w części 1/4 oraz Alfavox Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w części 3/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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

Przewodniczący: .....

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

Zamawiający – Krajowa Informacja Skarbowa w Bielsku-Białej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy zestawów słuchawkowych do obsługi procesów Multikanałowego Centrum Komunikacji (eMCeK) na rzecz Krajowej Informacji Skarbowej i izb administracji skarbowej. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 002-003662.

W dniu 9 marca 2023 r. wykonawca Alfavox Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Visioncube S.A. i zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 oraz art. 98 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art.

17 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Visioncube, pomimo złożenia wadium w sposób nieprawidłowy;

- art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez przyznanie ofercie Visioncube zawyżonej

liczby punktów w kryterium „Gwarancja i rękojmia”;

- art. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Visioncube, która jest niezgodna z warunkami

zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty Visioncube, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ze względu na podanie nieprawdziwych informacji w zakresie oferowanego okresu gwarancji;

ewentualnie:

- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Visioncube do wyjaśnienia oferty, w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do prawidłowości oświadczenia woli w zakresie kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Visioncube, odrzucenia oferty tego wykonawcy, ewentualnie wezwania go do wyjaśnień oferty w przedmiocie zaoferowanego czasu gwarancji i zapewnienia aplikacji do zarządzania na okres 64 miesięcy oraz powtórzenia badania i oceny ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, a także przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego – na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego;

- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka – przedstawiciela producenta Plantronics J. A. lub innej osoby wskazanej przez producenta Plantronics – na okoliczności podniesione w treści odwołania, w szczególności na okoliczność zasad świadczenia usług z gwarancji, w tym zasad działania „autoryzowanego serwisu”, oraz zasad udzielania „specjalizacji serwisowej producenta” dystrybutorom, a także na okoliczność maksymalnego okresu, na jaki Plantronics udziela gwarancji i faktu braku wykupienia przez jakikolwiek inny podmiot poza partnerem handlowym Odwołującego gwarancji na rozszerzony okres 3 lat.

<u>Zarzuty dotyczące nieprawidłowo wniesionego wadium</u>

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 40.000,00 zł. Jednocześnie Zamawiający w rozdz. 14 SWZ zastrzegł, że „Z treści dokumentu wadialnego wniesionego w sposób, o którym mowa w Rozdziale 14 ust. 7. SWZ, winno jednoznacznie wynikać, iż wystawca dokumentu gwarantuje wypłatę Zamawiającemu pełnej kwoty wadium bezwarunkowo, nieodwołalnie, na każde pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, (…)”. W rozdz. 14 ust. 10 SWZ wyraźnie wskazano, że “Inne zapisy w treści gwarancji lub poręczeń (nie wynikające z ogólnie obowiązujących przepisów, które winny być wówczas powołane) nie mogą utrudniać Zamawiającemu realizacji swoich praw do zatrzymania wadium wynikających z zapisów ustawy Pzp”.

Odwołujący podał, że wykonawca Visioncube złożył wadium w formie poręczenia wystawionego 1 lutego 2023 r. przez Małopolski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego wadium to zostało wniesione w nieprawidłowy sposób i z tego powodu oferta złożona przez Visioncube powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Wadium nie zabezpiecza Zamawiającego w sposób należyty, zwłaszcza ze względu na fakt, że Poręczyciel może zwolnić się ze swojego zobowiązania przedwcześnie, tj. w przypadkach nieprzewidzianych w ustawy Pzp. Wbrew wymogom z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium nie jest utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, ponieważ dokument wadium wskazuje, że wygasa ono również w okresie związania ofertą, w przypadkach nieprzewidzianych w ustawie.

Zdaniem Odwołującego, wadliwe postanowienia dokumentu poręczenia, które dowodzą o nieprawidłowym sposobie jego wniesienia, znajdują się w § 4 ust. 2 dokumentu poręczenia, w którym wskazano, że poręczenie wygasa m.in.:

4) w przypadku otrzymania przez Zamawiającego wniosku o zwrot wadium od Wykonawcy:

a) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

b) którego oferta została odrzucona;

c) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem sytuacji, gdy oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza;

d) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Odwołujący podniósł, że poręczyciel jako okoliczności wygaśnięcia wadium wskazał przypadki, gdy zamawiający zobowiązany jest dopiero do zwrotu wadium na wniosek wykonawcy (co czyni niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni). Doszło tutaj zatem do błędnego utożsamienia przypadków zwrotu wadium (art. 98 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp) i wygaśnięcia wadium, co skutkuje tym, iż złożone wadium wygasa przedwcześnie i sprzecznie z art. 98

ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia złożonej oferty, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł je w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Natomiast zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i zasadniczo utrzymuje nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, również w jego przedłużonym okresie. Obowiązkiem wykonawcy jest utrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą. Obowiązek ten ma zapewnić, że jeśli w okresie terminu związania ofertą wystąpi podstawa do zatrzymania wadium, to roszczenia zamawiającego z tego tytułu zostaną zaspokojone. Wadium można uznać za skutecznie zabezpieczające ofertę przez cały okres związania ofertą, jeżeli zamawiający ma możliwość skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty w sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniało w okresie ważności wadium (wadium powinno mieć taką samą płynność jak gotówka). Zawarte w § 4 ust. 2 dokumentu poręczenia podstawy do wygaśnięcia wadium są sprzeczne z przepisami ustawy, które nie przewidują takich przypadków wygaśnięcia wadium, jak wskazane w § 4 ust. 2 poręczenia.

Odwołujący podkreślił, że czym innym są podstawy do zwrotu wadium, a czym innym wygaśniecie wadium. Zgodnie z przepisami ustawy wadium w formie poręczenia nie wygasa w chwili złożenia stosownego wniosku o zwrot wadium przez wykonawcę, w trybie art. 98 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp, tylko dopiero z chwilą zwolnienia wadium przez zamawiającego poprzez stosowne oświadczenie złożone poręczycielowi, bądź gwarantowi, w trybie art. 98 ust. 5. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż

w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Zatem dopiero chwila złożenia poręczycielowi/gwarantowi oświadczenia przez zamawiającego o zwolnieniu wadium stanowi najwcześniejszy moment wygaśnięcia wadium jeszcze przed upływem terminu związania ofertą. Postanowienia dokumentu poręczenia wskazują zaś na nieuprawnione skrócenie okresu obowiązywania wadium, tj. wygaśnięcie wadium automatycznie już w chwili złożenia wniosku o zwrot wadium. Ustawa wiąże bowiem skutek w postaci wygaśnięcia wadium z oświadczeniem zamawiającego o zwolnieniu wadium, a nie ze złożeniem stosownego wniosku przez wykonawcę o zwrot wadium. W konsekwencji (z wyjątkiem gdy upływa termin związania ofertą) to Zamawiający jako dysponent wadium decyduje o wygaśnięciu wadium, bo to on jest zobowiązany do zwrotu wadium w terminie nie później niż 7 dni i dopiero z chwilą zwolnienia gwaranta bądź poręczyciela z długu, dochodzi do formalnego wygaśnięcia wadium.

Odwołujący podniósł, że można sobie wyobrazić m.in. taką sytuację, w której:

- wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w sposób umyślny i celowy nie przedkłada podmiotowych środków dowodowych, chcąc zrezygnować z udziału w postępowaniu po terminie składania ofert;

- w takim przypadku zamawiający winien odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp; jednocześnie Zamawiający staje się uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp;

- wykonawca w reakcji o odrzuceniu jego oferty od razu składa wniosek o zwrot wadium;

- w świetle § 4 ust. 2 pkt 4 lit. b dokumentu poręczenia, sam fakt złożenie wniosku o zwrot

wadium skutkuje wygaśnięciem wadium.

W takiej sytuacji Zamawiający, chociaż miałby prawo i obowiązek do zatrzymania wadium, nie mógłby tego prawa i obowiązku zrealizować ze względu na klauzulę zawartą w § 4 ust. 2 pkt 4 lit. b dokumentu poręczenia.

Odwołujący zaznaczył, że nawet gdyby w świetle art. 98 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy, zamawiający był zobowiązany do zwrotu wadium, to i tak nie musi w danych okolicznościach automatycznie zwracać wadium, lecz w przypadkach gdy jest do tego uprawniony może się z niego w sposób skuteczny zaspokoić. Inna interpretacja byłaby sprzeczna z celem oraz istotą wadium, zwłaszcza gdyby do uniknięcia odpowiedzialności wystarczyłoby złożenie wniosku o zwrot wadium. Taką konstrukcję uznać należy wręcz za celowy zabieg ustawodawcy, który nadaje prymat interesom zamawiającym, dając im odpowiedni czas na podjęcie ewentualnych czynności na zaspokojenie swoich roszczeń, nawet w wypadku gdy

zaistnieją podstawy do zatrzymania wadium, które należy zwrócić niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 7 dni.

Zdaniem Odwołującego, zaskarżony sposób ukształtowania postanowień wadium skutkuje nie tylko tym, że wadium wygasa przedwcześnie, ale także powoduje, że takie poręczenie jest pozbawione przymiotu bezwarunkowości i nieodwołalności wymaganych względem wadium w formie niepieniężnej. Wadium wniesione przez Visioncube jest ważne pod warunkiem, że wykonawca nie złoży wniosku o zwrot wadium – jeżeli tak zrobi, to wadium wówczas automatycznie wygasa. Powyższe stanowi również o tym, że wadium jest w rzeczywistości odwołalne i to wyłącznie z woli wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że wszystkie dopuszczone ustawą formy wadium są sobie równoważne, co oznacza, że wadium w formie niepieniężnej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w formie pieniądza. W sytuacji gdy wadium jest złożone w formie pieniężnej, to wadium nie wygasa automatycznie z chwilą złożenia wniosku o zwrot wadium przez wykonawcę, lecz wygasa dopiero, gdy zamawiający takie wadium zwróci, tj. zleci polecenie przelewu na rachunek bankowy wykonawcy. W przypadku wadium wniesionego przez Visioncube jego płynność nie jest taka sama, jak w przypadku wadium pieniężnego.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 1146/22 i KIO 3730/21.

Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny oferty Visioncube

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyznał ofercie Visioncube zawyżoną liczbę punktów w kryterium „Gwarancja i rękojmia" (kryterium o wadze 40%). Wskazał, że zgodnie z SWZ punkty przysługują za zaoferowanie okresu gwarancji i rękojmi dłuższego niż 24 miesiące. Ponadto zgodnie z punktem 36 załącznika nr 3 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) po zmianach, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że na oferowane urządzenie jest świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta urządzenia, na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez Wykonawcę i w razie niemożliwości wywiązania się Wykonawcy z postanowień gwarancyjnych wobec Zamawiającego przejmie na siebie ich realizację bez dodatkowych opłat ze strony Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że względem oferowanych urządzeń ma być świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że Visioncube zaoferował 64-miesięczny okres rękojmi i gwarancji na zaoferowany przedmiot zamówienia, tj. słuchawki Poly – Savi Office 7320 oraz akcesoria zgodnie z odpowiedziami na pytania Poly (Plantronics) APP-51/Yealink EHS40/Poly Handset Lifter. Odwołujący podniósł, że producent tych słuchawek (Plantronics)

sam zajmuje się naprawianiem (wymianą) uszkodzonych urządzeń. Żaden partner Plantronics w Polsce nie ma więc autoryzacji do samodzielnego świadczenia serwisu gwarancyjnego. Certyfikowany Partner jest upoważniony zaledwie do sprzedaży sprzętu oraz gwarancji świadczonej przez producenta. W każdym przypadku fizyczna naprawa gwarancyjna jest realizowana wyłącznie przez producenta. Słuchawki takie jak zaoferowane przez Visioncube przy zakupie są standardowo objęte 24-miesięczną gwarancją realizowaną przez producenta za pośrednictwem dystrybutora (ewentualnie partnera, lub przez samego klienta). Aktualnie producent oferuje tylko dwa rodzaje dodatkowych serwisów dla słuchawek Plantronics, tj. w momencie zakupu słuchawek można wykupić dodatkowe rozszerzenie gwarancji do maksymalnie 3 lat w jednym z dwóch wybranych wariantów:

- PPlus dla partnera posiadającego specjalizację serwisową Headset świadczącego tylko pierwszą linię wsparcia (ustalenie przyczyny problemu) lub

- Plus świadczonego od początku bezpośrednio przez producenta bez udziału partnera.

Zdaniem Odwołującego, producent nie daje możliwości ponawiania okresów serwisów, tj. wykupienia ich kilkukrotnie dla jednej sztuki słuchawki (np. 2x po 3 lata), a co za tym idzie maksymalny możliwy do zaoferowania okres gwarancji dla tych słuchawek ze wsparciem serwisu producenta wynosi 3 lata. Specjalizacja Headset Services Certification, na którą powołuje się Visioncube, nie daje możliwości wydłużenia okresu gwarancji ze wsparciem producenta poza okres 3 lat i nie daje Visioncube prawa do nazywania się Autoryzowanym Centrum Serwisowym i tworzenia swoich warunków gwarancyjnych w imieniu producenta. Podobnie Autoryzowanym Centrum Serwisowym nie jest firma Exclusive Networks Poland S.A. wymieniona przez Visioncube jako dostawca w złożonej ofercie. Tym samym nie jest prawdziwe oświadczenie Visioncube, że „na oferowane urządzenie jest świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta urządzenia, na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez Wykonawcę i w razie niemożliwości wywiązania się Wykonawcy z postanowień gwarancyjnych wobec Zamawiającego przejmie na siebie ich realizację bez dodatkowych opłat ze strony Zamawiającego". Odwołujący stwierdził, że z uzyskanych przez niego informacji wynika, że ani Visioncube, ani jego dostawca wskazany w ofercie (Exclusive Networks Poland S.A.), ani żaden inny podmiot poza partnerem handlowym Odwołującego nie wykupił u producenta Plantronics rozszerzonej gwarancji do 3 lat ponad standardowy okres 2 lat na takie słuchawki jak zaoferowane przez Visioncube.

Zdaniem Odwołującego, sytuacji nie zmienia też okoliczność wskazana przez Visioncube, że „Oferent posiada wymaganą specjalizację serwisową producenta oferowanych urządzeń". Wskazana „specjalizacja serwisowa" upoważnia jedynie do

pośredniczenia przez podmiot posiadający taką „specjalizację serwisową" pomiędzy klientem (tu Zamawiającym) a producentem Plantronics. Nie upoważnia natomiast do naprawy urządzeń i nie oznacza, że ktokolwiek poza samym producentem Plantronics jest Autoryzowanym Centrum Serwisowym.

Odwołujący podniósł, że skoro Visioncube nie ma możliwości zaoferowania gwarancji na okres przekraczający 3 lata na zasadach wymaganych przez Zamawiającego – czyli nie własnej a świadczonej przez producenta (bo tylko taka spełnia wymóg „autoryzowanego serwisu producenta"), to Zamawiający nie powinien mu przyznać maksymalnej liczby punktów (40). Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Visioncube, to przyznałby jej 0 pkt w tym kryterium. Powyższe ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zmieniłoby ranking ofert i to oferta Odwołującego miałaby wyższą liczbę przyznanych punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Visioncube z warunkami zamówienia

Odwołujący wskazał, że w pkt 26 OPZ Zamawiający wymagał zapewnienia aplikacji do zarządzania zestawem słuchawkowym na komputerze lokalnym i zdalnie dla wszystkich słuchawek jednocześnie. Wykonawca Visioncube zaoferował aplikację „Poly Lens". Odwołujący podniósł, że producent Plantronics gwarantuje działanie ww. aplikacji wyłącznie w czasie trwania gwarancji producenta (czyli nie dłużej niż 2 lata od zakupu sprzętu w przypadku gwarancji standardowej lub 3 lata po wykupieniu gwarancji rozszerzonej). Tym samym Visioncube nie ma możliwości zapewnienia tej funkcjonalności w okresie dłuższym niż w czasie trwania gwarancji standardowej producenta, czyli przez pierwsze 24 miesiące. Oferta zatem nie obejmuje zapewnienia aplikacja Poly Lens do zdalnego zarządzania przez pełen okres 64

miesięcy, na który to okres Visioncube udzielił gwarancji.

Zdaniem Odwołującego, skoro zobowiązanie wynikające z oferty Visioncube jest niemożliwe do zrealizowania w całym zaoferowanym okresie 64 miesięcy gwarancji to tym samym nie spełnia wymogu Zamawiającego do zapewnienia rzeczonej aplikacji w czasie realizacji przedmiotu zamówienia, czyli również w okresie gwarancji i rękojmi. W związku z tym oferta Visioncube podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że Visioncube dopuścił się poświadczenia nieprawdy w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert co do oferowanego okresu gwarancji przez „autoryzowany serwis producenta", co dowodzi wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Na kanwie niniejszej sprawy, klientem tym jest Zamawiający i to jego interes mocą ww. przepisu powinien być chroniony.

Odwołujący zaznaczył, że czynu nieuczciwej konkurencji można się dopuścić nie tylko, gdy informacja jest kierowana do nieograniczonego grona, lecz również w wypadku, gdy jest kierowana do oznaczonego adresata, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że jest to podmiot publiczny. Ponadto ww. czyn nieuczciwej konkurencji został zrealizowany „w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody". Nieprawdziwe oświadczenie w zakresie kryterium oceny ofert zostało złożone, aby uzyskać maksymalną liczbę 40 punktów w kryterium oceny ofert. W konsekwencji nieprawdziwe oświadczenie miało na celu zmaksymalizowanie szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że cena oferty Visioncube była niższa o prawie 1 milion złotych brutto. Fałszywe oświadczenie w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert odniosło podwójny rezultat, ponieważ dzięki temu Visioncube uzyskał maksymalną liczbę punktów w kryterium „gwarancja oraz serwis", a jednocześnie nie musiał wkalkulowywać w cenę oferty kosztu przedłużonego okresu gwarancji autoryzowanego producenta.

Zdaniem Odwołującego, okoliczności sprawy, w szczególności brak wycofania oferty przez Visioncube, czy też następcze złożenie podmiotowych środków dowodowych, dowodzi, że oferta, w tym w zakresie oferowanego kryterium oceny ofert została złożona w pełni świadomie. Zamiarem złożenia fałszywego oświadczenia co do kryterium oceny ofert, było więc uzyskanie zamówienia publicznego z jednoczesnym pokrzywdzeniem konkurenta (Odwołującego), ale także interesu publicznego, który w tym zakresie reprezentuje Zamawiający. Skoro Visioncube wskazuje w swoim oświadczeniu, że posiada „specjalizację serwisową producenta oferowanych urządzeń", to oznacza, że bardzo dobrze zna warunki gwarancyjne i ma świadomość, że zaoferował gwarancję bez wsparcia autoryzowanego centrum serwisowego producenta.

Odwołujący stwierdził, że co prawda niniejsze odwołanie wstrzymało możliwość zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego, a więc cel Visioncube dotychczas się nie spełnił, jednak aby dopuścić się rzeczonego czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wymagane wyrządzenie szkody.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że sposób działania Visioncube wypełnia ogólne przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji wynikające z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy (Odwołującego) jest oczywiste – w związku z nieprawdziwym oświadczeniem Visioncube w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, nie uzyska on zamówienia. Jednoznaczne jest również naruszenie interesu klienta (Zamawiającego), który pomimo zawarcia umowy, nie uzyska świadczenia, które planował otrzymać i które było oferowane przez Visioncube. Ponadto zamówienie jest finansowane ze środków publicznych, zatem zagrożony jest również interes publiczny. Odwołujący podniósł również, że ujęcie w ofercie kierowanej do podmiotu publicznego informacji niepokrywającej się ze stanem rzeczywistym, celem uzyskania maksymalnej liczby punktów, a w efekcie uzyskania zamówienia publicznego, uznać należy za moralnie oraz etycznie naganne w obrocie profesjonalnym. Zaoferowanie w ramach kryterium oceny ofert świadczenia niemożliwego do realizacji stanowi o naruszeniu dobrych obyczajów.

Zarzut ewentualny – zaniechanie wezwania Visioncube do wyjaśnienia treści oferty

Odwołujący podniósł, że w sytuacji gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty, zobligowany jest on do wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wnikliwa i kompleksowa ocena oferty Visioncube powinna skłonić do refleksji, że oferta tego wykonawcy wymaga stosownych wyjaśnień, ponieważ powstają wątpliwości co do jej treści w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi. Visioncube zaoferował 64-miesięczny okres gwarancji i rękojmi. W oświadczeniu z 3 lutego 2023 r. wskazano, że „Oferent posiada wymaganą specjalizację serwisową producenta oferowanych urządzeń". W tym samym oświadczeniu Visioncube wskazał, że „na oferowane urządzenie jest świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta urządzenia, na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez Wykonawcę". Konfrontacja ww. fragmentów oświadczenia Visioncube powinna skłonić Zamawiającego do refleksji, czy Visioncube złożył w tym zakresie prawidłowe oświadczenie polegające na prawdzie i tym samym czy jest zgodne z warunkami zamówienia. Visioncube jednoznacznie wskazał, że posiada „wymaganą specjalizację", co w kontekście złożonego oświadczenia może wskazywać, że Visioncube właśnie to rozumie przez autoryzowany serwis producenta na terenie Polski i 64-miesięczny okres gwarancji będzie świadczony przez niego, a nie autoryzowanego producenta. Specjalizacja Visioncube sprowadza się jednak tylko do świadczenia

tzw. pierwszej linii wsparcia, polegającej właściwie jedynie na weryfikacji, czy urządzenia faktycznie jest zepsute (usługa I linii wsparcia jest świadczona najczęściej zdalnie, polega na sprawdzeniu czy urządzenie zostało np. prawidłowo uruchomione), nie ma to jednak nic wspólnego z faktycznym serwisem takich urządzeń i ich naprawą przez autoryzowany serwis producenta. Ponadto samo zaoferowanie dość

nietypowego okresu gwarancji (64 miesiące), powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co powinno skutkować wezwaniem do wyjaśnień złożonej oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca VisionCube S.A. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia wadium przez Przystępującego. Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadium Izba ustaliła, że Przystępujący wniósł wadium w formie poręczenia Małopolskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego z 1 lutego 2023 r.

Zgodnie z § 4 ust. 2 dokumentu poręczenia:

Poręczenie wygasa, w następujących przypadkach, (w których Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu wadium na rzecz Wykonawcy):

1) w przypadku upływu terminu związania ofertą,

2) w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w odniesieniu do Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz wniesieniu przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano,

3) w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia,

4) w przypadku otrzymania przez Zamawiającego wniosku o zwrot wadium od Wykonawcy:

a) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

b) którego oferta została odrzucona;

c) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem sytuacji, gdy oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza;

d) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w

Art. 98 ustawy Pzp stanowi:

1. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

2. Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium

wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

3. Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

4. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

5. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

W ocenie Izby wniesione przez Przystępującego wadium nie zabezpiecza należycie interesów Zamawiającego, umożliwiając uchylenie się poręczyciela od zapłaty sumy poręczenia w przypadkach, w których zgodnie z ustawą Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium. Wynika to z faktu, że dokument poręczenia przewiduje wygaśnięcie wadium w sytuacjach, które w świetle ustawy takim wygaśnięciem skutkować nie mogą, a które stanowią jedynie podstawę do zwrotu wadium.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko i argumentację przedstawioną w uzasadnieniach wyroków w sprawach o sygn. akt KIO 1146/22 i KIO 3730/21 i przyjmuje ją za własną. Wyroki te zapadły w analogicznych stanach faktycznych i Izba nie dopatrzyła się żadnych okoliczności, aby stan faktyczny istniejący w rozpoznawanej sprawie ocenić inaczej. Okolicznością taką nie jest fakt, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wadium w formie poręczenia, a nie w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Różnice w obu tych rodzajach stosunków prawnych nie wpływają na ocenę kwestii będącej przedmiotem sporu. Zarówno wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jak i poręczenia, to wadium wniesione w formie innej niż w pieniądzu, do którego znajdują zastosowanie te same regulacje ustawy Pzp dotyczące zwrotu wadium. Obie te formy należy zatem ocenić w tym zakresie analogicznie.

Przede wszystkim podkreślić należy, bezpodstawne jest utożsamianie zwrotu wadium z wygaśnięciem wadium. Złożenie wniosku o zwrot wadium w świetle przepisów ustawy powoduje obowiązek jego zwrotu. Zamawiający powinien tego dokonać niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku (art. 98 ust. 2 ustawy Pzp), składając poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp). Zwolnienie wadium nie następuje zatem automatycznie z chwilą złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego dokonanej w ustawowym terminie. W uzasadnieniu do Rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk nr 3624) wskazano, że co do zasady zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu. Zgodnie natomiast z art. 508 Kc zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje.

Tymczasem przedstawiony przez Przystępującego dokument poręczenia przewiduje, że złożenie wniosku o zwrot wadium spowoduje jego wygaśnięcie, co nie tylko jest niezgodne z regulacją ustawową, ale może w praktyce prowadzić do skutecznego uniemożliwienia Zamawiającego dochodzenia roszczeń z tytułu wadium. Jak słusznie wskazał Odwołujący, przykładem tego jest sytuacja, w której wykonawca w sposób umyślnie nie przedkłada podmiotowych środków dowodowych, chcąc zrezygnować z udziału w postępowaniu, a następnie, wyprzedzając odrzucenie oferty i zatrzymanie wadium składa wniosek o jego zwrot, który w świetle przedstawionego dokumentu poręczenia sam w sobie spowodowałby wygaśnięcie wadium. Celem ustawowych regulacji dotyczących sposobu zwolnienia wadium wniesionego w innej formie niż pieniądzu jest zabezpieczenie zamawiającego przed takimi sytuacjami, a przyjęcie, że istnienie wadium może być zależne wyłącznie od jednostronnej czynności wykonawcy uniemożliwiałoby wypełnienie funkcji wadium.

Powyższej oceny nie zmienia regulacja art. 98 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, że czym innym jest rozwiązanie stosunku prawnego między zamawiającym a wykonawcą, a czym innym wygaśnięcie wadium. Rozwiązanie stosunku prawnego między zamawiającym a wykonawcą nie może być rozumiane jako uniemożliwiające dochodzenie roszczeń związanych z zatrzymaniem wadium w związku ze zdarzeniami zaistniałymi w czasie, gdy ten stosunek istniał.

Nie sposób podzielić prezentowanego przez Przystępującego stanowiska, że § 4 ust. 2 dokumentu poręczenia wskazuje przypadki wygaśnięcia poręczenia, ale nie moment jego wygaśnięcia. Skoro dokument ten stanowi, że wadium wygasa w przypadku zaistnienia określonej okoliczności, to jedyną dopuszczalną interpretacją jest taka, że wygasa ono właśnie z chwilą jej zaistnienia.

Bez znaczenia dla oceny przedmiotowej kwestii jest powoływany przez Przystępującego fakt, że poręczenie wygasa poręczenie wygasa tylko w przypadkach, w których Zamawiający jest zobowiązany do zwrotu wadium na rzecz Przystępującego: „Poręczenie wygasa, w następujących przypadkach, (w których Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu wadium na rzecz Wykonawcy) (…). Przypadki prowadzące do zwolnienia wadium nie są w tej sprawie

przedmiotem sporu, jego istotą jest natomiast to, co powoduje wygaśnięcie wadium i moment tego wygaśnięcia. W świetle dokumentu poręczenia następuje to w przypadku (a więc – z chwilą) złożenia wniosku o zwrot wadium.

O prawidłowości wniesionego przez Przystępującego wadium nie mogą świadczyć złożone przez niego w postępowaniu odwoławczym oświadczenia poręczyciela. Przystępujący przedstawił:

- Informację z Małopolskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o., w której wskazano, że Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 1 lutego 2023 r. (…) należy interpretować zgodnie z przepisami powołanej w tym oświadczeniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w tym zgodnie z art. 98 ust. 5 pzp. Paragraf 4 ust. 2 w/w Oświadczenia Poręczyciela wskazuje przypadki, kiedy poręczenie wygasa, przy czym nie wskazuje chwili (momentu) wygaśnięcia poręczenia, która to chwila (moment) wynika z art. 98 ust. 5 pzp;

- Informację z Małopolskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o., w której wskazano m.in., że podmiot ten posiada akredytację PARP, co oznacza, że forma wniesienia wadium jest zgodna z przepisami Pzp.

Odnosząc się do powyższych dowodów wskazać należy, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp), zatem postanowienia dokumentu wadialnego nie mogą być zmieniane ani doprecyzowywane po tym terminie. Przedstawiona przez poręczyciela wykładania nie ma oparcia w brzmieniu dokumentu poręczenia i należy ją uznać za sporządzoną dla potrzeb postępowania odwoławczego. Nie świadczy ona o tym, że Zamawiający w praktyce nie napotkałby na przeszkody związane z dochodzeniem roszczeń z tytułu wadium. Tymczasem wadium w postaci „bezgotówkowej" powinno być z punktu widzenia zamawiającego tak samo łatwo egzekwowalne, jak wadium wniesione w pieniądzu, nie może ono natomiast powodować stanu niepewności co do możliwości zaspokojenia roszczeń zamawiającego w uzasadnionych przypadkach czy uzależniać ich zaspokojenie od przychylnej interpretacji poręczyciela. Już sam fakt, że Przystępujący, próbując wykazać prawidłowość wadium, musiał odwoływać się do późniejszych oświadczeń poręczyciela, świadczy o tym, że poręczenie nie zabezpieczało należycie interesów Zamawiającego, gdyż skuteczność dochodzenia roszczeń z tytułu wadium byłaby w tym przypadku zależna od dobrej woli poręczyciela.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie podlegało uwzględnieniu, stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

W rozdz. 20 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena 60%, gwarancja i rękojmia 40%. W odniesieniu do kryterium gwarancji i rękojmi Zamawiający podał:

Sposób oceny kryterium – maksymalizacja (im dłuższy okres gwarancji i rękojmi tym wyższa ilość punktów za to kryterium, minimalny okres wynosi 24 miesiące). W kryterium „Gwarancja i rękojmia" punkty zostaną przyznane Wykonawcy, który zaoferuje okres gwarancji i rękojmi dłuższy niż 24 miesiące.

Zaoferowanie przez Wykonawcę minimalnej wymaganej gwarancji i rękojmi wynoszącej 24 miesiące skutkuje nieuzyskaniem przez Wykonawcę punktów w tym kryterium, natomiast zaoferowanie 64 miesięcznej gwarancji i rękojmi skutkuje otrzymaniem przez Wykonawcę maksymalnej ilości punktów w tym kryterium. Natomiast w przypadku nie wskazania przez Wykonawcę w Formularzu oferty okresu gwarancji i rękojmi Zamawiający przyjmie, że Wykonawca przystępując do postępowania zaproponował minimalny, wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji i rękojmi, tj. 24 miesiące i przyzna ofercie 0 punktów.

Za każdy miesiąc gwarancji i rękojmi powyżej 24 miesięcy Wykonawca otrzyma 1 punkt.

Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt z tego kryterium.

W punkcie 36 Opisu przedmiotu zamówienia (po zmianach) Zamawiający określił następujące wymaganie:

Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że na oferowane urządzenie jest świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta urządzenia, na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez Wykonawcę i w razie niemożliwości wywiązania się Wykonawcy z postanowień gwarancyjnych wobec Zamawiającego przejmie na siebie ich realizację bez dodatkowych opłat ze strony Zamawiającego. Dokument musi być złożony w oryginale. Dokument należy dołączyć do oferty.

W punkcie 26 OPZ Zamawiający określił następujące wymaganie: Aplikacja lub aplikacje do zarządzania zestawem słuchawkowym na komputerze lokalnym i zdalnie dla wszystkich słuchawek jednocześnie.

Przystępujący zaoferował słuchawki Poly – Savi Office 7320 oraz akcesoria zgodnie z odpowiedziami na pytania Poly (Plantronics) APP-51/Yealink EHS40/Poly Handset Lifter oraz okres gwarancji 64 miesiące.

Przystępujący złożył oświadczenie, że: na oferowane urządzenie jest świadczona gwarancja przez autoryzowany serwis producenta urządzenia, na terenie Polski na cały czas zaoferowanej gwarancji przez Wykonawcę i w razie niemożliwości wywiązania się Wykonawcy z postanowień gwarancyjnych wobec Zamawiającego przejmie na siebie ich

realizację bez dodatkowych opłat ze strony Zamawiającego. Informuję ponadto, iż Oferent posiada wymaganą specjalizację serwisową producenta oferowanych urządzeń.

Ponadto Przystępujący przedłożył oświadczenie, w którym podał, że wskazana w karcie katalogowej zestawów Savi 7300 funkcjonalność opisana jako: „SoundGuard Digital: chroni przed dźwiękami o natężeniu powyżej 118dBa; G616 antyprzesterach

(podczas rozmów) wykrywa i eliminuje wszelkie duże nagłe poziomy wzrostu sygnału, Średnia ważona w czasie zapobiega przekroczeniu średniego dziennego narażenia na hałas 85 dBa1" jest realizowana przy pomocy darmowej aplikacji Poly Lens będącej następcą aplikacji Plantornics HUB. Aplikacja ta pozwala na ustawienie progu hałasu na 80 dBa wymaganych w punkcie 13 OPZ.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 5: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, że Zamawiający naruszył przywołane wyżej przepisy ustawy.

W odniesieniu do zaoferowanego przez Przystępującego okresu gwarancji w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że ciężar dowodu spoczywał na zasadach ogólnych na Odwołującym. Zatem to Odwołujący miał obowiązek wykazać, że oświadczenie Przystępującego w tym zakresie jest nieprawdziwe i nierealne. Zatem już tylko z tego powodu za niezasadną należy uznać argumentację Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał, iż ma zawartą z producentem urządzeń umowę rozszerzającą okres gwarancji do 64 miesięcy. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że umowa taka musiała być zawarta na dzień składania ofert. Zamawiający wymagał w tym zakresie jedynie oświadczenia wykonawcy o oferowanym

okresie gwarancji, a trudno przy tym zakładać, że wykonawca, nie wiedząc czy uzyska zamówienie, dokonuje zakupu urządzeń i w odniesieniu do nich zawiera umowę rozszerzającą okres gwarancji.

Ze złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci informacji udostępnianych przez producenta wynika jedynie, jakie są standardowe okresy gwarancji i warunki jej rozszerzenia. Dowody te nie potwierdzają natomiast, że nie jest możliwe wynegocjowanie z producentem innych warunków, zwłaszcza przy uwzględnieniu statusu danego wykonawcy jako dystrybutora (poziom partnerstwa). Złożone oświadczenie przedstawiciela Kontel Sp. z o.o. potwierdza jednie, że temu dystrybutorowi nie zaoferowano umowy typu Enterprise Agreement z uwagi na małą liczbę sztuk zestawów słuchawkowych objętych ofertą. Podobnie złożona przez Odwołującego korespondencja mailowa z Procom-Bestmann świadczy jedynie o tym, że niemiecki partner producenta może mu zaoferować jedynie 3-letnią gwarancję. Żaden z tych dowodów nie potwierdza ani braku generalnej możliwości indywidualnego wynegocjowania innych warunków, ani tym bardziej tego, że Przystępujący takich warunków nie może wynegocjować.

Z kolei Przystępujący potwierdził, przedstawiając korespondencję z przedstawicielem producenta, że producent ten może świadczyć gwarancje na okres dłuższy niż 24 miesiące w ramach indywidualnie przygotowywanych umów typu Enterprise Agreement oraz że producent jest w stanie objąć taką umową wsparcie klienta, który posiada mniej niż 5000 urządzeń firmy Poly, na podstawie indywidualnych ustaleń. W świetle powyższego dowód w postaci zawartej wcześniej przez Przystępującego umowy mającej potwierdzać, że posiada on 5000 urządzeń, należy uznać za niemający znaczenia.

W związku z powyższym brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta Przystępującego została nieprawidłowo oceniona w kryterium odnoszącym się do okresu gwarancji i rękojmi.

Z tych samych powodów za nieudowodniony, a tym samym niezasadny, należało uznać również zarzut dotyczący popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu nieprawdziwych informacji na temat oferowanego okresu gwarancji. Jak wyżej wskazano, Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego w tym zakresie jest niemożliwa do zrealizowania, co samo w sobie powoduje niezasadność zarzutu.

W związku z powyższym nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią SWZ w zakresie zapewnienia aplikacji do zarządzania zestawem słuchawkowym na komputerze lokalnym i zdalnie dla wszystkich słuchawek jednocześnie. Wobec niewykazania, że Przystępujący podał nieprawdę co do okresu gwarancji, jaki jest w stanie zaoferować, bezpodstawne jest również twierdzenie, że nie ma

on możliwości zapewnienia wymaganej aplikacji w okresie dłuższym niż 24 miesiące, gdyż producent gwarantuje

działanie aplikacji tylko w czasie trwania gwarancji.

W odniesieniu do zapewnienia ww. aplikacji Przystępujący przedstawił informację od producenta, który w odpowiedzi na pytanie o aplikację do zdalnego zarządzani słuchawkami poinformował, że aplikacja Poly Lens jest ogólnodostępną, bezpłatną aplikacją do pobrania z witryny producenta. Obecność gwarancji nie ma wpływu na jej dostępność lub działanie. Odwołujący przedstawił twierdzenia przeciwne, nie poparł ich jednak żadnym dowodem. Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że producent gwarantuje działanie aplikacji do zarządzania zestawem słuchawkowym wyłącznie w czasie trwania gwarancji producenta, to nie zostało wykazane, że ta gwarancja w przypadku Przystępującego będzie krótsza.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, z powodów wskazanych wcześniej, że istnieją podstawy do wezwania Przystępującego do wyjaśnień. W ocenie Izby oświadczenie gwarancyjne załączone do oferty, które było jedynym dokumentem wymaganym w odniesieniu do oferowanego okresu gwarancji, jest jasne i precyzyjne. Jeżeli natomiast Odwołujący twierdzi, że jest ono niezgodne z prawdą, to powinien to wykazać, czego – jak wskazano powyżej – nie zrobił.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 2020 r. poz. 2437). Izba, stosownie do wyniku postępowania, obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4, biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 oraz poniesione przez Odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł. Odwołujący poniósł zatem dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 13.950,00 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4.650,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy

kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....