

Sygn. akt KIO 3027/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAKARTRONIC P.P.H.U. M. B. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Łodzi

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego X3D SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bytowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1, 3 i 4 w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty uczestnika X3D SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bytowie
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAKARTRONIC P.P.H.U. M. B. w części 1/4 oraz Zamawiającego w części 3/4 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi na rzecz wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAKARTRONIC P.P.H.U. M. B. kwotę 7 451 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 3/4 sumy kosztów poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3027/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Sukcesywna dostawa akcesoriów komputerowych”, nr referencyjny: ZP/50/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 czerwca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00360808.

W postępowaniu tym wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAKARTRONIC P.P.H.U. M. B. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. wyborze oferty X3D sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy treść oferty Wykonawcy nie spełniała warunków zamówienia oraz podlegała odrzuceniu;
2. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy p.z.p., w postaci zaniechania odrzucenia oferty X3D sp. z o.o, która nie spełniała warunków zamówienia, a mianowicie:
 - a) nie zawierała kompletnych informacji merytorycznych na temat oferowanego produktu, względnie
 - b) X3D sp. z o.o. w określonym terminie nie przedstawił dokumentów i informacji pozwalających na stwierdzenie zgodności oferty z wymaganiami merytorycznymi zamawiającego, względnie
 - c) przedstawione przez X3D sp. z o.o. wyjaśnienia nie zawierały kompletnych informacji potwierdzających zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nadto treść wyjaśnień zmierzała do uzupełnienia i modyfikacji oferty, względnie
 - d) przedstawiony przez X3D sp. z o.o. wykaz dostaw nie potwierdza, że wykonawca zrealizował dostawy akcesoriów komputerowych o wartości 50.000 złotych, tak jak wymagał tego Zamawiający.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty X3D sp. z o.o z uwagi na niezłożenie przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych dla pkt
- 5.5 Załącznika nr 2 do SWZ względnie przedstawione przez niego dokumenty i informacje nie potwierdzają zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami merytorycznymi zamawiającego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2b i 2 c w zw. z art. 274 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty X3D sp. z o.o. jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie dostawy akcesoriów komputerowych o wartości 50 000 zł brutto w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.;
 - 3) art. 239 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy X3D sp. z o. o jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu braku spełnienia przez Wykonawcę warunków zamówienia.
 - 4) art. 16 pkt 1) i pkt 2) i pkt 3) Pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego w toku postępowania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasady przejrzystości poprzez:
 - a) brak odrzucenia oferty Wykonawcy X3D sp. z o.o w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.06.2024 r. i 27.06.2024 r. do uzupełnienia dokumentów poprzez wyjaśnienie co składa się na zaproponowany zestaw Tracer Maverick pkt 5.5 Załącznika nr 2 do SWZ, gdy wykonawca nie wyjaśnił co składa się na zestaw określony w załączniku, a wymagany w SWZ,
 - b) brak odrzucenia oferty Wykonawcy X3D sp. z o.o mimo wskazanie przez w/w podmiot w piśmie z dnia 24 lipca 2024 r. wyjaśnienia dot. proponowanego zestawu poprzez odesłanie do strony sklepu internetowego z uwagi na niespełnienie wymogów SWZ i faktyczny brak istnienia zestawu o nazwie Tracer Maverick, gdzie pod tą nazwa można byłoby zidentyfikować klawiaturę i mysz spełniającą wymogi SWZ
 - 5) art. 16 pkt 1,2 i 3 w związku z art. 107 ust 1 i 2 i art. 223 ust 1 Pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i brak odrzucenia oferty Wykonawcy, który w ogóle nie złożył elementu oferty w postaci załącznika nr do SWZ w terminie do dnia składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z równoczesnym nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcy X3D sp. z o.o,
- 3) nakazanie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego;
- 4) zasądzenie zwrotu kosztów wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego wg faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwolujący wskazał, że w dniu 23 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę Odwołującego i jednocześnie dokonując odrzucenia oferty X3D sp. z o.o. z uwagi fakt, że oferowana klawiatura Tracer Maverik nie występuje w zestawie z myszą (wskazany przez X3D sp. z o.o. model obejmuje wyłącznie klawiaturę), tym samym Zamawiający uznał ofertę X3D sp. z o.o. za niezgodną z warunkami zamówienia. Mając na uwadze, że producent nie oferuje takiego zestawu jaki wskazał wykonawca Zamawiający zwrócił się do X3D sp. z o.o. o wyjaśnienie, zapytując wykonawcę „Czy zaproponowana mysz jest produktem firmy Tracer Maveric?” W odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia wyjaśnień wykonawca oświadczył jedynie, że klawiatura występuje również w wariantach z myszą optyczną przewodową, nie przedstawiając jednak żadnych dowodów lub informacji potwierdzających prawdziwość tych informacji. Na kolejne wezwanie do wyjaśnień wykonawca X3D sp. z o.o. kolejny raz oświadczył że „zaproponowany przez nas zestaw to produkt firmy Tracer” oraz że „Firma Tracer jest producentem oferowanego zestawu”. Powyższe wyjaśnienia nie zawierają więc żadnego potwierdzenia, że oferta wykonawcy X3D sp. z o.o. spełnia wymagania zamawiającego, albowiem złożony przez X3D sp. z o.o. wypełniony załącznik nr 2 do SWZ zawiera niekompletne i nieprawdziwe informacje. Producent nie oferuje takiego zestawu, nadto załącznik oraz wyjaśnienia definiują parametry myszy. Po dokonaniu opisanych powyżej czynności firma X3D sp. z o.o. zakwestionowała wybór oferty Odwołującego i wniosła o unieważnienie tego wyboru, podnosząc w piśmie z dnia 24 lipca 2024 r. że zaoferowany przez nich produkt (tzn. zestaw klawiatura i mysz Tracer model Maveric) istnieje na rynku i zostało to potwierdzone w ofercie i dwukrotnych wyjaśnieniach. Firma X3D sp. z o.o. w tym piśmie powołała się na link do sklepu komputerowego na której znajdował się rzekomo taki zestaw (klawiatura + mysz). W wyniku w/w pisma Zamawiający dokonał w dniu 26 lipca 2024 r. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i następnie w dniu 12 sierpnia dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty X3D sp. z o.o. którą to czynnością naruszył wskazane powyżej przepisy ustawy pzp.

W ocenie Odwołującego przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia po dniu 23 lipca 2024 r. należy uznać za spóźnione i dodatkowo ciągle nie spełniające kryteriów opisanych w punkcie 5.5 załącznika nr 2 do SWZ. Link wskazany przez firmę X3D sp. z o.o. zawierał wyłącznie informacje o klawiaturze, nie zawierał natomiast żadnej informacji o myszy. Wykonawca nie przedstawił oświadczeń producenta, ani żadnych certyfikatów lub innych dokumentów wskazujących, że wraz z klawiaturą Tracer Maverik przewidziana jest również mysz i że spełnia wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ. Odwołujący wskazał, że firma Tracer oferuje kilka mysz o różnych parametrach i żadna z nich nie jest opatrzona nazwą Maveric. W toku dalszej korespondencji Odwołujący uzyskał odpowiedź od

przywołanego sklepu, w którym sprzedawca wprost potwierdził, że producent nie oferuje takiego zestawu, tym samym oświadczenie X3D sp. z o.o. że „producentem zestawu” jest firma Tracer było niezgodne ze stanem faktycznym. Analogicznie do tego dystrybutor produktów firmy Tracer również potwierdził, że klawiatura Maveric nie ma dołączonej myszy.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, zgromadzone przez niego materiały jasno wskazują, że firma Tracer nie oferuje zestawu pod nazwą Tracer Maveric obejmujący klawiaturę i mysz. Taki zestaw nie jest dostępny i nie występuje na rynku, tak jak to stwierdził Zamawiający przy pierwszym wyborze oferty Odwołującego.

Odwolujący podkreślił, że sprzedawca, którego link miał potwierdzać dostępność „zestawu”, w ostatniej korespondencji (e-mail z dnia 19.08.2024) potwierdził, że zestaw nie jest dostępny, zaś link nie istnieje i takiego zestawu nie ma na stronie tego sprzedawcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, że wskazany w załączniku do oferty zestaw nie istnieje, zaś przedłożone przez X3D sp. z o.o. wyjaśnienia nie potwierdzają w żaden sposób, że zestaw wskazany w ofercie wykonawcy spełnia wymagania merytoryczne zamawiającego (brak myszy w zestawie, brak parametrów myszy).

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że wybór oferty X3D sp. z o.o. był niezgodny z przepisami ustawy także z tego względu, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych. Zamawiający żądał wykazu dostaw obejmujących dostawę akcesoriów komputerowych o wartości co najmniej 50 000 złotych brutto. Wykonawca na potwierdzenie tego warunku przedstawił list referencyjny oraz fakturę, z treści których wynika, że dostawa akcesoriów nie opiewa na łączną kwotę 50.000 zł. O ile wartość załączonej faktury wynosi 115 128,00 złotych brutto, to jednak obejmuje ona w większości pozycje, które nie mogą być kwalifikowane jako akcesoria komputerowe. Pozycje wskazane na fakturze pod numerem 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 oraz 14 nie są akcesoriami komputerowymi. Zdaniem Odwołującego nie można kwalifikować jako akcesoriów komputerowych, tabletów i telefonów. Co równie istotne, nie jest akcesoryjnym urządzeniem drukarka przemysłowa, która ma samodzielne funkcje, podobnie nie jest nim monitor. Potwierdzenie tego jest odwołanie się do właściwych klasyfikacji, które wskazują że urządzenia takie jak drukarki czy monitory są klasyfikowane odrębnie od akcesoriów komputerowych. Tak więc wedle przepisów celnych i klasyfikacja CN monitory są klasyfikowane w Nomenklaturze Scalonej (CN) jako osobne urządzenia. • 8528 – Monitory i projektory używane w systemach komputerowych. Kod ten różni się od tych, które dotyczą akcesoriów komputerowych, takich jak części do komputerów (CN 8473). Klasyfikacja VAT i PKWiU: W Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), monitory są także klasyfikowane oddzielnie od akcesoriów komputerowych: • 26.20.14.0 – Monitory i projektory, głównie używane w systemach automatycznego przetwarzania danych.

To samo można odnieść do drukarki przemysłowej Zebra ZT610 RFID. Przepisy celne i Nomenklatura scalona (CN).

W nomenklaturze celnej CN drukarki są klasyfikowane oddzielnie od akcesoriów komputerowych. Drukarki, w tym przemysłowe, znajdziemy w grupie: • 8443 – Maszyny drukujące (w tym drukarki komputerowe). Natomiast akcesoria komputerowe są klasyfikowane w sekcji związanej z częściami i akcesoriami do urządzeń przetwarzania danych (kod CN 8473).

Klasyfikacja VAT i PKWiU: W Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) drukarki przemysłowe także są

klasyfikowane jako oddzielne urządzenia, a nie jako akcesoria komputerowe: • 28.23.13.0 – Maszyny drukarskie wykorzystywane w przemyśle.

Odwolujący wskazał ponadto, że wybór firmy X3D sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia tej oferty naruszało również zasady uczciwej konkurencji, albowiem opierało się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, bez jakiegokolwiek weryfikacji zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego.

Końcowo, Odwołujący podkreślił, że przewidziana przez Zamawiającego w SWZ możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych musi być odczytywana z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia takiego uzupełnienia środków dowodowych, które modyfikuje pierwotnie złożoną ofertę. Skoro Zamawiający ukształtował wymaganą treść oferty, w tym wzór formularza ofertowego, w taki sposób, że nie wymagały one określenia, co jest przedmiotem oferty (co należy ocenić negatywnie), Zamawiający zatem naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 i art. 16 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. (zob. wyrok KIO z dnia 1.02.2022 r., KIO 122/22).

W złożonej pismem z dnia 30 sierpnia 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający wskazał, że w ust. 7 SWZ zawarł informacje o przedmiotowych środkach dowodowych w brzmieniu:

7.1 W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiający żąda od wykonawcy wraz z ofertą:

Wypełniony i podpisany Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący załącznik nr 2 do SWZ

7.2 Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub

uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Tak ukształtowane postanowienie SWZ jest zgodne z przepisem art. 107 ust. 2 i 3 pzp, który to przepis stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Nie dotyczy to jedynie sytuacji, gdyby przedmiotowy środek dowodowy służył potwierdzeniu cech/kryteriów, ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

Przystępujący pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. został wezwany do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego i zrobił to w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Następnie Zamawiający dwukrotnie w trybie art. 107 ust. 4 pzp wzywał Przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego.

W wyjaśnieniach z dnia 1 lipca 2024 r. Przystępujący potwierdził, że klawiatura Tracer Maverick występuje również w wariantach z myszą przewodową optyczną. W wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2024 r. Przystępujący potwierdził, że firma Tracer jest producentem oferowanego zestawu.

Pierwotnie Zamawiający dokonuje wyboru oferty Odwołującego. Następnie w dniu 26 lipca 2024 r. Zamawiający w wyniku samokontroli unieważnia czynność wyboru oferty Odwołującego i czynności odrzucenia dwóch innych ofert (w tym oferty Przystępującego) i przystępuje do ponownego badania ofert.

Po przeprowadzeniu ponownego badania ofert z uwzględnieniem tego, że zgodnie z ust. 7 SWZ na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiający żądał wyłącznie wypełnionego i podpisanego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego jako zgodnej z warunkami zamówienia.

Zamawiający zaprzeczył, aby brał pod uwagę – jak zdaje się to sugerować Odwołujący – jakieś wyjaśnienia Przystępującego składane po dniu 23 lipca 2024r. Zamawiający podkreśla, że nie żądał od wykonawców wskazywania numerów katalogowych produktów, kart katalogowych produktów, oświadczeń producentów towaru czy też określonych certyfikatów. Dokumentem potwierdzającym spełnienie przez dostawy wymagań Zamawiającego był wypełniony i podpisany Opis przedmiotu zamówienia.

Odwolujący podnosi nadto, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający podkreślił, że wskazane warunki mają umożliwić mu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności służy temu wyrażenie warunków jako minimalnych poziomów zdolności. Zamawiający określając opisany powyżej

warunek zmierzał do uzyskania zapewnienia, że zamówienie uzyska wykonawca zdolny do jego realizacji. Wykonawca, który wykaże się prawidłową realizacją podobnej dostawy.

Zamawiający, mając świadomość ciężącego na nim obowiązku określania warunków udziału w sposób jednoznaczny i precyzyjny, nie odwoływał się przy opisie warunków do klasyfikacji CN czy też klasyfikacji PKWiU.

Zamawiający podniósł, że akcesoria w powszechnym rozumieniu oznaczają elementy uzupełniające, powiększające lub wzbogacające, elementy przydatne do wykonywania jakichś czynności. Zdaniem Zamawiającego nieuzasadniona jest próba ograniczenia określenia użytego przez Zamawiającego do konkretnych klasyfikacji, jak stara się to obecnie czynić Odwołujący.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący wykazał spełnienie wyżej wymienionego warunku udziału. W piśmie z dnia 9 sierpnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, Przystępujący szczegółowo wykazał wartość poszczególnych akcesoriów komputerowych, wchodzących w skład dostawy wymienionej w Wykazie dostaw.

Wykonawca X3D SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bytowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący, pomimo wezwania, nie doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemnego stanowiska zawierającego ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę X3D SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bytowie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym

idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, a mianowicie: korespondencję z firmą 4officesklep.pl oraz z firmą Megabajt na fakt: nieistnienia zaoferowanego przez Uczestnika postępowania zestawu: klawiatura + mysz firmy Tracer Maverik.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny między Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa akcesoriów komputerowych.

Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 3.1. Opis przedmiotu zamówienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - parametry jakościowe stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem 5 Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 5.3. Określenie warunków udziału w postępowaniu ppkt 4 lit. a SWZ

4) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) Wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- wykonał co najmniej 1 dostawę polegającą na dostawie akcesoriów komputerowych o wartości co najmniej 50 tys. zł brutto.

Przy czym, w przypadku umów ciągłych, np. sukcesywnej dostawy, łączna wartość realizacji musi wynieść nie mniej niż 50 000,00 zł brutto.

Wykonawca potwierdzi spełnienie warunku przedstawiając dowody określające, czy dostawy zostały wykonane w sposób należyty.

W przypadku, gdy wartość dostaw wyrażona będzie w walucie innej niż PLN, Zamawiający do oceny spełnienia warunku przez danego Wykonawcę przeliczy podane wartości po średnim kursie tej waluty w stosunku do PLN publikowanym przez NBP w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia postępowania NBP nie opublikuje kursu walut, Zamawiający przyjmie kurs opublikowany w pierwszym dniu roboczym po tej dacie.

Zgodnie z rozdziałem 6 Wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 6.1. pkt 1 SWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub

zawodowej określonych w ust. 5.3 pkt 4) SWZ zamawiający żąda od Wykonawcy: wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór stanowi załącznik nr 5 do SWZ. (...)

Zgodnie z rozdziałem 7 Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych, pkt. 7.1. lit. a SWZ W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiający żąda od wykonawcy wraz z ofertą: a) Wypełniony i podpisany Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący załącznik nr 2 do SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty:

Oferta nr 1 - X3D SP. z o.o. ; Ceynowy 21 , 77-100 Bytów; NIP 8421781039

Oferta nr 2 - P.P.H.U. MAKARTRONIC M. B. ; ul. Pilota Stanisława Wigury 15/21,90-302 Łódź, NIP 7251659792

Oferta nr 3 - CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o.; ul. Wolność 8 lok. 4, 26-600 Radom, NIP 9482528507

Poza sporem było również Uczestnik postępowania na wezwanie Zamawiającego przedłożył wykaz dostaw oraz list referencyjny, o treści jak w dokumentach. Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie stan faktyczny w tym zakresie odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Pismem z dnia 23 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu pozostałych oferty. Zamawiający odrzucił ofertę Uczestnika postępowania w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu: Zamawiający odrzuca ofertę, jako niezgodną z zapisami SWZ w załączniku nr 2 Opis przedmiotu zamówienia zaproponowany zestaw przez Wykonawcę:

„Tracer Klawiatura Maverick czarna typ klawiatury tradycyjna komunikacja przewodowa przyciski membranowe interfejs USB wersja produktu BOX kolor czarny mysz w komplecie tak typ myszy przewodowa optyczna ilość przycisków myszy 2rolka przewijania w myszce tak” nie występuje na rynku tj. zestaw klawiatura + mysz

firmy Tracer model Maverick. Pod tym modelem jest tylko klawiatura a nie zestaw klawiatura + mysz. Ponadto w kontekście zestawów klawiatura + mysz, określenie "wersja box" odnosi się do sposobu pakowania i sprzedaży produktów. "Box" oznacza, że zestaw jest zapakowany w oryginalne pudełko producenta i zazwyczaj zawiera wszystkie niezbędne akcesoria, dokumentację oraz pełną gwarancję. W związku z powyższym nie spełnia naszego wymogu jako zestaw : klawiatura + mysz.

Mając na uwadze stwierdzone różnice, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności, które zachodzą pomiędzy wymaganiami w załączniku nr 2 pkt.5.5 a zaproponowanym produktem: „Czy zaproponowana mysz jest produktem firmy Tracer Maverick? W odpowiedzi otrzymaliśmy potwierdzenie zapisów z załącznika nr.2 złożonych przez Wykonawcę.

W ponownym wezwaniu skierowanym do wyjaśnień przez Zamawiającego potwierdzenie Wykonawcy iż „Firma Tracer jest producentem oferowanego zestawu” (klawiatura + mysz) nie odnajdujemy tej informacji na stronie producenta takiego zestawu.

Pismem z dnia 24 lipca 2024 r. Uczestnik postępowania wniósł o -unieważnienie wyboru ofert i unieważnienie odrzucenia naszej oferty, -dokonanie ponownej oceny ofert. Uzasadniając wniosek Uczestnik postępowania wskazał m.in.: W uzasadnieniu odrzucenia naszej oferty wskazano, że zaproponowany przez nas zestaw klawiatura + mysz firmy Tracer model Maverick nie występuje na rynku. Pragniemy jednak podkreślić, że taki produkt istnieje, co potwierdziliśmy w naszej ofercie oraz w dodatkowych wyjaśnieniach dwukrotnie złożonych na Państwa prośbę.

Zamawiający nie wymagał podawania publicznych źródeł ani informacji, aby każdy produkt w ofercie znajdował się w internecie lub publicznie w katalogach producenta. Wskazany przez nas zestaw spełnia wszystkie określone wymagania, co zostało jasno i precyzyjnie opisane w naszej ofercie. Nasze wyjaśnienia potwierdzały, że mysz znajduje się w oferowanym zestawie klawiatura + mysz.

(...)

Uzasadnienie odrzucenia oferty "podany towar nie występuje na stronie producenta" jest niewystarczające i w żaden sposób nie wskazuje w jaki sposób oferowany przez nas towar nie spełnia podanych wymogów

Potwierdzenie że taki zestaw (klawiatura + mysz) widnieje na stronach internetowych: (...)

Pismem z dnia 26 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty firmy X3D SP. z o.o.; Ceynowy 21, 77-100 Bytów oraz CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o.; ul. Wolność 8 lok. 4, 26-600 Radom oraz o przeprowadzeniu ponownego badania ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1, 3 i 4 w petitum odwołania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Załącznik nr 2 do SWZ stanowił podstawę weryfikacji czy oferowana dostawa spełnia określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Co więcej, w przedmiotowej sprawie wskazany załącznik był odzwierciedleniem oferty.

Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajduje potwierdzenia w żądanych przez zamawiającego i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia (również w aspekcie formalnym) jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Uczestnik postępowania, wbrew wymaganiom Zamawiającego, w załączniku nr 2 do SWZ nie wskazał producenta i modelu myszy. Z kolei, wyjaśnienia Uczestnika postępowania, że producentem zestawu: klawiatura i mysz jest Tracer Maverik nie dały się zweryfikować pozytywnie. Brak jest jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, że faktycznie taki zestaw istnieje, z kolei z dowodów przedłożonych przez Odwołującego, tj. korespondencji mailowej (których Zamawiający nie kwestionował) jak również z wcześniejszych ustaleń Zamawiającego wynika, że zestaw klawiatura + mysz firmy Tracer model Maverick nie jest dostępny na rynku.

Jeżeli chodzi o zarzut nr 2 – w tym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem zarzut okazał się przedwczesny.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed zastosowaniem art. 128 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zarzucił zaniechania wezwania Uczestnika postępowania do uzupełnienia wykazu dostaw. Z kolei zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Niejako na marginesie, nawet gdyby Odwołujący taki zarzut sformułował i tak nie zostałby on przez Izbę uwzględniony, bowiem oferta Uczestnika postępowania podlegała odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz 2 lit. b i d w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7 500 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. b i d rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane wynagrodzeniem i wydatkami jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN oraz inne uzasadnione wydatki.

§ 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

§ 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia stanowi, że W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrąglią się w górę do pełnych złotych.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 PLN uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 PLN poniesioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 34 PLN poniesioną przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Z czterech zarzutów 3 okazały się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/4 i Zamawiający w części 3/4.

Łącznie koszty postępowania odwoławczego – 14 734 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 134 PLN, tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia swego pełnomocnika oraz opłaty skarbowej (7 500 PLN + 3 600 PLN + 34 PLN), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3 683,50 PLN (14 734 PLN x 1/4).

Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia swego pełnomocnika tymczasem odpowiadała za nie do wysokości 11 050,50 PLN (14 734 PLN x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 451 PLN stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Zamawiającego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: