

Sygn. akt: KIO 2170/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Spinel sp. z o.o., ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, ul. C.K. Norwida 25, 50-375 Wrocław**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Microne sp. z o.o., Pl. Strzelecki 20, 50224 Wrocław**,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Microne sp. z o.o. z warunkami zamówienia w zakresie wbudowanego w monitorze LCD typ D złącza miniDisplayPort oraz poboru energii przez laptop typ D,

2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. 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.

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 2170/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, ul. C.K. Norwida 25, 50-375 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywna dostawa sprzętu komputerowego: jednostek centralnych, komputerów all-in-one, monitorów, laptopów, tabletów dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu”, numer referencyjny: I0CZZ000.271.14.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.03.2024 r., nr 59/2024 172431-2024.

W dniu 21.06.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Spinel sp. z o.o., ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) błędną ocenę oferty Odwołującego opartą na nieprawdziwych informacjach i w konsekwencji niezgodne z SWZ odrzucenie poprawnej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Microne sp. z o.o. jako niezgodnej z wymogami technicznymi SWZ i nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu m.in. z powodu przedłożenia PŚD niezgodnych z SWZ, w szczególności również prawdopodobnie nieprawdziwej referencji Zamawiającego oraz brak złożenia prawidłowego oświadczenia KRK, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp,
- 3) nierówne traktowanie wykonawców poprzez faworyzowanie firmy Microne sp. z o.o. w stosunku do Odwołującego poprzez brak sprawdzania oferty tej firmy pod kątem zgodności oferty z wymogami technicznymi oraz przedłożonymi PŚD i równocześnie odrzucenie zasadniczo poprawnej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„1. Zamawiający zwrócił się do spółki Spinel Sp. z o.o. o wyjaśnienia: czy oferowane przez nas chłodzenie będzie posiadało dwa wentylatory o średnicy min. 135 mm oraz prowadnicę na jednym z nich? W odpowiedzi Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach zdjęcia oferowanego chłodzenia wraz z wymiarami wskazując pełną zgodność oferowanego chłodzenia z ofertą i SWZ. Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia za nieprawdziwe i wystąpił do serwisu przedstawiciela producenta firmy Listan Poland Sp. z o.o. z zestawem „tendencyjnych” pytań, na które otrzymał odpowiedź, że niemożliwe jest zamontowanie dwóch wentylatorów 135mm w chłodzeniu Dark Pro 5, co jest oczywistą nieprawdą. Zamawiający przyjął wyjaśnienia serwisu s. jako stanowisko przedstawiciela producenta i jako ważniejsze, chociaż nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Spółka Spinel Sp. z o.o. może w prosty sposób wykazać i zweryfikować nieprawdziwość stanowiska w sprawie oferowanego chłodzenia na rozprawie. Wnoszę zatem o ocenę chłodzenia i spełniania wymagań SWZ na rozprawie, gdyż zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń spółki Spinel Sp. z

o.o. nie wymaga fachowej skomplikowanej wiedzy, wystarczy jedynie umiejętność zmierzenia długości, którą posiada każdy dorosły członek społeczeństwa. Posługiwanie się miarką jest podstawową umiejętnością i nie powinno sprawić problemów żadnej osobie przebywającej na Sali podczas rozprawy w tym składowi KIO. W przypadku oddalenia przez KIO możliwości tej prostej weryfikacji, wnoszę w imieniu spółki Spinel Sp. z o.o. o powołanie biegłego na okoliczność zweryfikowania prawdziwości twierdzeń spółki w tym dokonania stosownych pomiarów. Wobec zatajenia przed spółką Spinel Sp. z o.o. przez Zamawiającego osoby podającej informacje z firmy Listan Poland Sp. z o.o. wnosimy o wezwanie na rozprawę osoby reprezentującej tą firmę (zgodnie z opisem KRS). Zamawiający odrzucając ofertę spółki Spinel Sp. z o.o. wskazał, że wyjaśnienia spółki są nieprawdą, mistyfikacją. Stanowisko powyższe wskazuje iż, brak reakcji na powyższe twierdzenia mające wręcz charakter pomówienia stwarza podstawy do wykluczenia spółki Spinel Sp. z o.o. w kolejnych postępowaniach i godzi w dobre imię i renomę spółki Spinel Sp. z o.o. Dlatego odwołanie stało się konieczne i uzasadnione, zwłaszcza, że wyklucza to możliwość otrzymania zamówienia w przypadku braku podpisania umowy przez firmę Microne Sp. z o.o. nawet jakby oferta ta uznana została za spełniającą SWZ.

2. Oferta firmy Microne Sp. z o.o. nie spełnia SWZ.

a. Zamawiający w opisie monitora LCD typ D wymagał:

„Wbudowane złącza: 1 x DisplayPort v 1.2, 2 x HDMI, 1 x miniDisplayPort, 2 x Audio”.

Firma Microne Sp. z o.o. zaferowała monitor Acer B277UEBMII PRZXV UM.HB7EE.E09, który nie posiada złącza miniDisplayPort. Tym samym monitor został nieprawidłowo dobrany. Należy tu zaznaczyć, że w monitorze tym inaczej niż w pozostałych Zamawiający wymagał „wbudowane złącza”, a nie „złącza”. Tym samym nie ma możliwości zaferowania tu konwertera, adaptera, przejściówki itp. Dopuszczenie innego parametru wymagało by jednoznacznego oświadczenia ze strony Zamawiającego w formie np. wyjaśnień do treści SWZ w odpowiedzi na zapytanie Wykonawców. Takiej woli nie było po stronie oferenta Microne Sp. z o.o. (...)

b. Zamawiający w opisie laptopa typ D wymagał:

„Osiągany pobór energii nie większy niż 18 kWh w skali roku”.

Firma Microne Sp. z o.o. zaferowała laptop Latitude 5440. Zgodnie z wynikami jednostki badawczej Energy Star model Latitude 5440 dla procesora i7 jaki oferuje firma Microne Sp. z o.o. określa osiągnięty pobór energii w skali roku na nie mniejszy niż 18.9 kWh. Organizacja Energy Star określa tą wartość dla wszystkich procesorów i7, bez znaczenia który model i7 jest zainstalowany. (...) W związku z powyższym oferta Microne Sp. z o.o. nie odpowiada SWZ.

Odwołujący kierując się wymaganiami Zamawiającego musiał zaferować model monitora typ D i laptopa typ D o klasę wyższą co nie pozostało bez wpływu na cenę.

3. (...) Z przygotowanej SWZ w zakresie technicznym oraz poziomu pism w postępowaniu wynika, że jest Zamawiający jest profesjonalistą doskonale zdającym sobie sprawę z parametrów technicznych oferowanych przez Wykonawców urzędów. Brak skierowania do firmy Microne Sp. z o.o. pism dotyczących wyjaśnienia niezgodności technicznych świadczy o braku sprawdzenia oferty Microne Sp. z o.o. pod tym kątem lub braku zainteresowania odrzuceniem niezgodnej z SWZ oferty – czyli faworyzowaniu wybranej oferty.

Firma Microne Sp. z o.o. nie przedstawiła poprawnych PŚD. Jako jeden z nich przedstawiła referencję Zamawiającego, która dotyczyła sukcesywnych dostaw dla Zamawiającego. Referencja jest tak napisana, jakby wykonawca dostarczył dokładną co do grosza wartość sukcesywnych dostaw z umowy. Z doświadczenia zawodowego wynika, że jest to praktycznie niemożliwe, aby wartość dostaw wynosiła dokładną wartość tj. 1 378 356,45 zł. Dlatego należy uznać, że Zamawiający przyjmując jako podstawę oceny oferty przyjmuje nieprawdziwe środki dowodowe i tym samym faworyzuje firmę Microne Sp. z o.o.

Być może wartość dostaw do umowy I0CZZ000.271.15.2023 wyniosła 500 tys. zł, może 900 tys., zł a może 1 420 422,60 zł czego z dokumentu przedstawionego w postępowaniu nie wynika. Dlatego pragnę wskazać iż firma Microne Sp. z o.o. nie złożyła w terminie środka dowodowego potwierdzającego prawdziwą wartość dostawy dla Zamawiającego.

Faworyzowaniem spółki Microne Sp. z o.o. przez Zamawiającego jest również bezpodstawne bezprawne wydatkowanie pieniędzy na sprawdzanie poprawności PŚD tej spółki.

W tej sytuacji nierównym traktowaniem wykonawców jest również odrzucenie oferty Odwołującego, który przedstawił zgodny z SWZ sprzęt, a w wyjaśnieniach wątpliwości co do jego zgodności potwierdził dokumentacją zdjęciową.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Microne sp. z o.o.,
- 3) uwzględnienia podczas powtórnego badania i oceny ofert oferty Odwołującego,
- 4) ewentualnie odrzucenia niespełniającej SWZ oferty Microne sp. z o.o. i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 25.06.2024 r. wykonawca Microne sp. z o.o., Pl. Strzelecki 20, 50224 Wrocław (dalej:

„Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 28.06.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu go w części „dotyczącej zaniechania wezwania Wykonawcy Microne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do wyjaśnienia parametrów technicznych oferowanego przez tego Wykonawcę sprzętu. W przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty Wykonawcy z SWZ konsekwencją będzie, zgodnie z żądaniem Odwołującego, odrzucenie oferty w/w Wykonawcy. W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

W trakcie posiedzenia Przystępujący oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w ww. części.

Pismem z dnia 01.07.2024 r. Odwołujący przedstawił dalszą argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa sprzętu komputerowego: jednostek centralnych, komputerów all-in-one, monitorów, laptopów, tabletów dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu.

W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał m.in. następujące wymagania:

1)Jednostka centralna typ D – chłodzenie procesora:

Liczba heatpipów: 7 szt.

Liczba wentylatorów: 2 szt.

Średnica wentylatorów: 135mm

Maksymalna prędkość: nie większa niż 2100 rpm

Żywotność wentylatorów: 300,000 godzin

Fabryczny przełącznik prędkości obrotowej dla trybu "cichy" oraz "wydajny"

Możliwość regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy.

W przygotowanej w tym załączniku tabeli Zamawiający wymagał podania przez wykonawcę producenta i modelu oferowanego sprzętu.

W rozdziale 7 SWZ w pkt 1.4. Zamawiający opisał warunek doświadczenia, zgodnie którym wykonawca ma wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) należycie zrealizował lub realizuje: co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości nie mniejszej niż 750 000 zł brutto każda.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył załącznik nr 6, w którym w pozycji dotyczącej jednostki centralnej typ D – chłodzenie procesora wpisał jako model: „Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036)”.

Pismem z dnia 13.05.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień: „Zgodnie z ogólnodostępnymi danymi wskazanymi na stronie producenta <https://www.bequiet.com/pl/cpucooler/4466> urządzenie Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036):

a)wyposażone jest w dwa wentylatory jeden o średnicy 120 mm, drugi zaś o średnicy 135 mm;

b)nie ma możliwości regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy.

Biorąc powyższe pod uwagę proszę o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi wskazanymi przez Wykonawcę w treści oferty, zgodnie z którymi urządzenie Be quiet! Dark Rock 5 PRO BK036 posiada 2 wentylatory o średnicy 135 mm oraz posiada możliwość regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy, a ogólnodostępnymi danymi technicznymi producenta, zgodnie z którymi urządzenie Dark Rock 5 PRO (BK036) posiada 2 wentylatory z czego jeden o średnicy 135 mm, drugi o średnicy 120 mm oraz nie posiada możliwości regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy”.

Pismem z dnia 17.05.2024 r. Odwołujący wyjaśnił, że „oferowana Jednostka centralna typ D, którego producentem w przypadku naszego wyboru będzie nasza firma, wyposażona będzie w chłodzenie procesora Dark Pro 5 realizowane dwoma wentylatorami o średnicy 135 mm z fabryczną prowadnicą na jednym z nich. Należy tu zauważyć, że Zamawiający nie kupuje pojedynczego chłodzenia, a komputer. Wykonawca przygotowuje go zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą i SWZ, który nie wiadomo dlaczego nie dopuszcza np. chłodzenia wodnego. Specyfikacja jednostki centralnej typ D nie kończy się na wyszczególnionych w SWZ pozycjach, bo z doświadczenia wiemy, że brakuje w nim kilku wentylatorów chłodzących obudowę, gdyż musi być dostosowana do RTX4090. Zgodnie z wymaganiami SWZ oferujemy be quiet! Dark Rock Pro 5, którego zdjęcia przedstawiamy na następnych stronach, posiadające wymagane przez SWZ podzespoły”. Do wyjaśnień Odwołujący dołączył zdjęcia wentylatorów i regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy.

Pismem z dnia 11.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że „dla jednostki centralnej typ D, w zakresie chłodzenia procesora Zamawiający wymagał 2 wentylatorów o średnicy 135 mm. Wykonawca złożył wraz z ofertą wypełniony i podpisany dokument pt. „Parametry techniczne przedmiotu zamówienia”, stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ, w którym wskazał, iż w oferowany przez niego system chłodzenia Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036) dla jednostki centralnej typ D posiada 2 wentylatory, średnica wentylatorów 135 mm.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, pozyskaną m.in. ze specyfikacji technicznej producenta oferowanego elementu, urządzenie Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036) wyposażone jest w 2 wentylatory z czego jeden o średnicy 135 mm, drugi zaś o średnicy 120 mm. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający pismem z dnia 13.05.2023 r., na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi wskazanymi przez Wykonawcę w treści oferty, zgodnie z którymi urządzenie Be quiet! Dark Rock 5 PRO BK036 posiada 2 wentylatory o średnicy 135 mm oraz posiada możliwość regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy, a ogólnodostępnymi danymi technicznymi producenta, zgodnie z którymi urządzenie Dark Rock 5 PRO (BK036) posiada 2 wentylatory z czego jeden o średnicy 135 mm, drugi o średnicy 120 mm oraz nie posiada możliwości regulacji wysokości przedniego wentylatora na fabrycznej prowadnicy.

W odpowiedzi pismem z dnia Wykonawca wskazał, iż oferowana jednostka centralna typ D, którego producentem w przypadku wyboru Wykonawcy będzie Wykonawca, wyposażona będzie w chłodzenie procesora Dark Pro 5 realizowane dwoma wentylatorami o średnicy 135 mm z fabryczną prowadnicą na jednym z nich. (...) Wykonawca dołączył do odpowiedzi cztery zdjęcia: dwa zdjęcia wentylatorów, których obudowa została zmierzona taśmą mierniczą, oraz dwa zdjęcia potwierdzające, że urządzenie posiada regulację przedniego wentylatora.

Zamawiający poprzez formularz kontaktowy na stronie producenta – adres kontaktowy: s. wystąpił do Listan Poland Sp. z o.o. Astrum Business Park, Łopuszańska 95, 02-457 Warszawa (Be quiet! jest marką Listan Poland Sp. z o.o.) z pytaniem: jakie fabryczne (dostarczone w opakowaniu) średnice wentylatorów posiada model be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036). Czy jest to 120 i 135mm, czy 135 i 135mm? Zamawiający otrzymał następującą odpowiedź: „Wymiary wentylatora (mm) 120 x 120 x 25 / 135 x 135 x 25”. W toku dalszej pisemnej korespondencji z producentem Zamawiający zapytał o to czy jest techniczna możliwość zmiany wentylatora 120mm na 135mm żeby były 2x135mm w tym konkretnie modelu, np. podobnie jak w modelu Dark Rock Elite 2x135mm lub czy można zamontować inny wentylator 135mm marki Be quiet! do Dark Rock Pro 5 zamiast wentylatora 120mm? Zamawiający otrzymał od producenta odpowiedź negatywną, tzn. nie można w modelu Be quiet! Dark Rock Pro 5 zamontować dwóch wentylatorów o średnicy 135mm.

Zamawiający zauważa, że ciężar dowodowy stanowiska producenta Listan Poland Sp. z o.o. jest niewspółmiernie większy niż przedstawione, w ramach udzielonej odpowiedzi przez Wykonawcę, wyjaśnienia oraz zdjęcia wentylatorów, których szerokość została zmierzona przez Wykonawcę taśmą mierniczą. Oznacza to, iż Wykonawca, oferując system chłodzenia Be quiet! Dark Rock Pro 5, pomimo deklaracji złożonej w ofercie i potwierdzonej w udzielonej odpowiedzi, nie może zapewnić, aby chłodzenie procesora za pomocą Be quiet! Dark Rock Pro 5 odbywało się dwoma wentylatorami o średnicy 135 mm. Zatem pod tym względem oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

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

Z uwagi na określone kwestie proceduralne zgłaszane przez Odwołującego w trakcie rozprawy, Izba odniesie się do nich przed przejściem do uzasadnienia dotyczącego meritum sprawy.

Przed wszystkim odnosząc się do kwestii interesu Przystępującego należy przytoczyć art. 525 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

3. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Ponadto zgodnie z art. 526 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy.
2. Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Z przytoczonych przepisów wynika, że wykonawca zgłaszający przystąpienie ma obowiązek m.in. wskazać stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tejże strony. Jeżeli Odwołujący lub Zamawiający uważają, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w przystąpieniu do którejś ze stron, mogą zgłosić opozycję, ale tylko do czasu otwarcia rozprawy, czyli najpóźniej na posiedzeniu bezpośrednio poprzedzającym rozprawę.

W niniejszej sprawie w trakcie rozprawy (czyli po jej otwarciu) Odwołujący przerywał wypowiedź Przystępującego twierdząc, że ten nie ma interesu prawnego w zakresie zarzutów, których ta wypowiedź dotyczyła, tj. zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że na posiedzeniu Izba pytała m.in. o to, czy Strony składają wnioski formalne, w szczególności w zakresie opozycji. Odwołujący nie skorzystał wówczas z prawa zgłoszenia opozycji, czyli z prawa zakwestionowania interesu Przystępującego. Podnoszenie tej kwestii dopiero w trakcie rozprawy jest już działaniem spóźnionym i choćby z tego względu nie może zostać uwzględnione. Po drugie, interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie nie musi być interesem prawnym, może to być również interes faktyczny, polegający na uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje. W dodatku, jak wielokrotnie wskazywano już w orzecznictwie Izby, interes ten należy rozumieć szeroko, szerzej nawet niż interes odwołującego. Jak wskazano w wyroku z dnia 09.09.2022 r. o sygn. akt KIO 2225/22: „*interes z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp), zatem co do zasady nie jest konieczne wykazywanie przez zgłaszającego przystąpienie, że uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje umożliwi mu wprost uzyskanie zamówienia. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie.*” Izba nie stwierdziła zatem, aby Przystępujący nie miał interesu w przystąpieniu po stronie Zamawiającego, jak też Odwołujący w stosownym czasie (czyli do otwarcia rozprawy) tego nie zgłosił i nie uprawdopodobnił. W tym stanie rzeczy Izba dopuściła wykonawcę Microne sp. z o.o. do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika (tj. Przystępującego).

Kolejną kwestią podnoszoną przez Odwołującego dopiero w trakcie rozprawy jest kwestia zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, których rozpoznanie Odwołujący domagał się na rozprawie, mimo że w tym zakresie postępowanie odwoławcze zostało umorzone, ponieważ Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej ww. zarzutów, a Przystępujący nie wniósł w tym zakresie sprzeciwu. Należy zatem przytoczyć właściwe przepisy:

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp: W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie zaś z art. 523 ustawy Pzp:

1. Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.
2. Sprzeciw wnosi się zgodnie z art. 508 ust. 1 lub ustnie do protokołu.
3. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Jeżeli zatem Zamawiający uwzględni odwołanie w części, a przystępujący nie wnieśli sprzeciwu wobec tego częściowego uwzględnienia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Takie też postanowienie Izba wydała na posiedzeniu i Odwołujący nie zgłaszał wówczas żadnych zastrzeżeń. Konsekwencją powyższych okoliczności jest też to, że na rozprawie rozpoznawane są merytorycznie tylko pozostałe zarzuty, nieuwzględnione przez Zamawiającego. Dlatego też na rozprawie rozpoznawane były tylko zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz pozostałe zarzuty dotyczące oferty Przystępującego, tj. dotyczące referencji i informacji z KRK, ponieważ tych zarzutów Zamawiający nie

uwzględnił.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że nie jest zasadna argumentacja Odwołującego, jakoby zarzuty odwołania dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia były szersze niż zakres uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Należy wskazać, że zarzuty nie ograniczają się do tego, co zostało wskazane w petitum odwołania, ale ich zakres wyznaczają także okoliczności faktyczne oraz argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania. W niniejszym odwołaniu sam Odwołujący wskazał na str. 6: „*Brak skierowania do firmy Microne Sp. z o.o. pism dotyczących wyjaśnienia niezgodności technicznych świadczy o braku sprawdzenia oferty Microne Sp. z o.o. pod tym kątem lub braku zainteresowania odrzuceniem niezgodnej z SWZ oferty – czyli faworyzowaniu wybranej oferty*”. Oznacza to, że poza zarzutem dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia Odwołujący w zakresie tych samych okoliczności faktycznych („niezgodności technicznych”) zarzucał też Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Przy czym czynność wezwania do wyjaśnień co do zasady powinna wyprzedzać ewentualną czynność odrzucenia oferty, stąd też kolejność działań wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie („*Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zaniechania wezwania Wykonawcy Microne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do wyjaśnienia parametrów technicznych oferowanego przez tego Wykonawcę sprzętu. W przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty Wykonawcy z SWZ konsekwencją będzie, zgodnie z żądaniem Odwołującego, odrzucenie oferty w/w Wykonawcy*”).

Reasumując, domaganie się merytorycznego rozpoznania na rozprawie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, wobec: sposobu sformułowania tych zarzutów w odwołaniu, uwzględnienia tych zarzutów przez Zamawiającego, braku wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, poinformowania przez Izbę na posiedzeniu (czyli przed otwarciem rozprawy) o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie i braku zgłoszenia wówczas przez Odwołującego jakichkolwiek zastrzeżeń, należy uznać za bezpodstawne.

Przechodząc zatem do meritum sprawy w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia to, zgodnie z art. 9 pkt 29 ustawy Pzp, 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.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 6 do SWZ) zawarł tabelę, w której z jednej strony wskazał wymagane przez siebie parametry określonego sprzętu, z drugiej zaś strony zostawił miejsce, które mieli wypełnić wykonawcy. W zakresie komputerowych jednostek centralnych wykonawcy mieli wskazać „oferowany przez wykonawcę producent i model urządzenia”, przy czym również w pozycji dotyczącej chłodzenia procesora w jednostce centralnej typ D obowiązkiem wykonawcy było podanie producenta i modelu. W tej właśnie pozycji Odwołujący wskazał wymaganą przez Zamawiającego liczbę dwóch wentylatorów o średnicy 135 mm, a jako model wpisał: „Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036)”. Oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w oparciu o korespondencję z producentem ww. modelu, tj. spółką Liston Poland, Zamawiający uznał, że w ww. modelu są dwa wentylatory: jeden o średnicy 120 mm i jeden o średnicy 135 mm i że nie można zamontować w tymże modelu dwóch wentylatorów o średnicy 135 mm każdy. Oceniając zasadność czynności dokonanej przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, należy zauważyć, że zgodność oferty ustala się w stosunku do warunków zamówienia określonych przez zamawiającego, a nie w stosunku do wymagań/ opisów/ dokumentów innych podmiotów. Z tego powodu nie jest zasadne powoływanie się przez Odwołującego na treść zamieszczoną na stronie producenta pl/cpucooler/4466 w celu wykazania, że producent dopuszcza dowolny montaż wentylatorów w procesorze. Przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący powołując się na ww. stronę cytował jej treść z wydruku, którego nie udostępnił Izbie, Zamawiającemu i Przystępującemu (mimo że nie było ku temu przeszkód, bo skoro miał jeden wydruk, to mógł mieć i cztery), co uniemożliwia uznanie, że posługując się tym dokumentem Odwołujący udowodnił, jakie zasady montażu wentylatorów dopuszcza producent. Pomijając już jednak nawet wyżej wskazany brak skuteczności dowodowej po stronie Odwołującego, należy podkreślić, że powoływanie się na treść strony producenta nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, ponieważ to nie reguły ustalane przez producenta, ale wymogi określone przez Zamawiającego muszą być przez wykonawców spełnione. To wymagania Zamawiającego określone w warunkach zamówienia (tu: w zał. nr 6 do SWZ) są wiążące dla Odwołującego i to do nich Odwołujący ma dostosować oferowany sprzęt, a nie do wymagań / opisów zamieszczonych na stronie producenta. Dlatego dla oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia nie ma znaczenia, co w omawianym zakresie dopuszcza producent, ale to co dopuszcza Zamawiający.

Po drugie zatem, należy zauważyć, że Zamawiający wymagał podania m.in. modelu oferowanego sprzętu, co

oznacza, że oczekiwał, iż każdy wyspecyfikowany w zał. nr 6 sprzęt (część np. jednostki centralnej) będzie stanowił jeden model. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie: komputer mógł być tzw. „składakiem”, ale poszczególne składające się na niego części miały stanowić już jeden produkt jako jeden model. Powyższe potwierdza pkt 9.3. i 9.4. w rozdziale 4 SWZ, w którym wskazano, że przedmiot zamówienia wraz z materiałami wykorzystanymi przy realizacji umowy ma pochodzić bezpośrednio od producenta lub z legalnych kanałów dystrybucji producenta, a poza tym ma posiadać znaki identyfikujące, a w szczególności znak towarowy lub markę producenta, datę produkcji produktu, jego termin ważności, numer serii (lub nr katalogowy). Takie postanowienia SWZ świadczą o tym, że Zamawiającemu zależało, aby poszczególne części komputera „składaka” były identyfikowalne przez odpowiednie oznakowanie i pochodzenie od danego producenta. Kolejnym potwierdzeniem powyższego jest pytanie zadane przez Zamawiającego producentowi sprzętu (po uprzednim uzyskaniu informacji, że wentylatory mają średnicę 120 mm i 135 mm): „Czy w związku z tym że są dwa wentylatory o różnej średnicy tj. 120 i 135mm jest techniczna możliwość zmiany wentylatora 120mm na 135mm żeby były 2x 135mm w tym konkretnie modelu??” Treść pytania odnosi się do „konkretnego modelu”, co po raz kolejny wskazuje, że Zamawiający zakładał, że dane urządzenie (część np. jednostki centralnej) będzie stanowiło jeden model, a nie zlepek różnych modeli.

Po trzecie, należy się więc odnieść do dowodu polegającego na okazaniu przez Odwołującego na rozprawie, że jest możliwe zamontowanie dwóch wentylatorów o średnicy 135 mm. Odwołujący rzeczywiście wykazał powyższy fakt, niemniej jednak nie można nie zauważyć, że tylko jeden z tych wentylatorów był oznakowany jako Dark Rock PRO 5 (model wskazany w ofercie), natomiast drugi był pozbawiony naklejki z oznakowaniem modelu. Odwołujący początkowo nie wypowiadał się jednoznacznie, jaki jest model drugiego z wentylatorów, dopiero w dalszej części rozprawy (po podniesieniu na rozprawie wątku dotyczącego kwestii niezmienności oferty) stwierdził, że oba wentylatory stanowią ten sam model Dark Rock PRO 5, co jednak w tych okolicznościach Izba nie uznała za wiarygodne. Ponadto oświadczeniom tym przeczy:

- brak naklejki z oznakowaniem modelu na drugim wentylatorze, zwłaszcza, że Odwołujący znał już stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym drugi wentylator o średnicy 135 mm pochodzi prawdopodobnie z modelu Dark Rock Elite, co powinno skłonić Odwołującego do przedstawienia na rozprawie dowodu, że oba wentylatory pochodzą ze wskazanego w ofercie modelu Dark Rock PRO 5, a mimo to taki dowód nie został złożony,
- okazanie przez Zamawiającego urządzeń Dark Rock PRO 5 i Dark Rock Elite, w których wprawdzie nie można było zmierzyć średnicy (Zamawiający nie dysponował miarką), ale widać było, że w Dark Rock PRO 5 jeden z wentylatorów jest mniejszy.

W świetle ww. ustaleń Izba stwierdziła, że przeprowadzając dowód z okazanego urządzenia Odwołujący wykazał, że można w nim zamontować dwa wentylatory o średnicy 135 mm, ale mimo to nie wykazał, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

Po czwarte zatem, należy zauważyć, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Odwołujący wskazał w ofercie, tj. w wypełnionym zał. nr 6 do SWZ, że oferuje urządzenie „Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036)”. W żadnym miejscu Odwołujący nie wskazał, że w urządzeniu tym będą też zamontowane części pochodzące z innego modelu. Pomijając, że byłoby to niedopuszczalne w świetle postanowień SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, przede wszystkim Odwołujący nie może na obecnym etapie postępowania dokonywać zmiany swojej oferty w zakresie modelu oferowanego sprzętu. Jak wskazano w (aktualnym mimo wydania w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r.) wyroku Izby z dnia 04.06.2018 r. o sygn. akt KIO 976/18: „*Podkreślenia wymaga, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował jakie produkty oferuje, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.* Odwołujący w ofercie wskazał tylko jeden model oferowanego urządzenia: „Be quiet! Dark Rock 5 PRO (BK036)” i nie dołączył do oferty żadnej informacji, z której wynikałoby, że zamierza zamieścić w nim dwa wentylatory z dwóch różnych modeli, jak też nie wykazał, że urządzenie będzie w całości spełniać wymagania jako jeden model wskazany uprzednio w ofercie. Zatem zamontowanie dwóch wentylatorów z dwóch różnych modeli prowadziłoby do zmiany oferty, co jest zakazane w myśl art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. O takim zakazie Zamawiający wspominał już zresztą w piśmie z dnia 11.06.2024 r., w którym informując o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności

z warunkami zamówienia wskazał: „Niezgodność ta nie może zostać w żaden sposób przez Zamawiającego konwalidowana. Zamawiający nie może dokonać poprawy oferty Wykonawcy, np. poprzez zastąpienie zaoferowanego przez Wykonawcę modelu Be quiet! Dark Rock Pro 5 modelem innym zawierającym dwa wentylatory o średnicy 135 mm i potraktować je jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, bowiem korekta taka w sposób istotny zmieniałaby treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli Wykonawcy”.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w modelu Be quiet! Dark Rock PRO 5 nie można – przy zachowaniu tożsamości modelu w zakresie wszystkich jego elementów – zamontować dwóch wentylatorów o średnicy 135 mm, a ewentualne zamontowanie jednego wentylatora pochodzącego z innego modelu prowadziłoby do niedozwolonej zmiany oferty.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego referencji przedstawionej przez Przystępującego, należy zauważyć, że na str. 2 odwołania Odwołujący pisze o niej jako o „prawdopodobnie nieprawdziwej referencji”. Ponadto w odwołaniu wskazano, iż kwestionowana referencja dotyczy dostaw realizowanych dla Zamawiającego i *jest tak napisana, jakby wykonawca dostarczył dokładną co do grosza wartość sukcesywnych dostaw z umowy. Z doświadczenia zawodowego wynika, że jest to praktycznie niemożliwe, aby wartość dostaw wynosiła dokładną wartość tj. 1 378 356,45 zł. Dlatego należy uznać, że Zamawiający przyjmując jako podstawę oceny oferty przyjmuje nieprawdziwe środki dowodowe i tym samym faworyzuje firmę Microne Sp. z o.o. Być może wartość dostaw do umowy I0CZZ000.271.15.2023 wyniosła 500 tys. zł, może 900 tys. zł a może 1 420 422,60 zł czego z dokumentu przedstawionego w postępowaniu nie wynika. Dlatego pragnę wskazać iż firma Microne Sp. z o.o. nie złożyła w terminie środka dowodowego potwierdzającego prawdziwą wartość dostawy dla Zamawiającego”.*

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu, po pierwsze należy zauważyć, że już samo określenie kwestionowanej referencji jako „prawdopodobnie” nieprawdziwej powoduje, że zarzut ten nie może być uznany za zasadny, skoro jest oparty na przesłankach jedynie „prawdopodobnych”.

Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że podana w referencjach informacja: „Wartość umowy to kwota 1 378 356,45 zł brutto” jest „nieprawdziwa”. Samo sugerowanie, że realizacja dostaw za tak dokładną kwotę jest niemożliwa z punktu widzenia „doświadczenia życiowego”, nie stanowi dowodu na „nieprawdziwość” ww. kwoty. Na marginesie zresztą należy zauważyć, że druga przedstawiona przez Przystępującego referencja również wskazywała na dokładną wartość umowy – 1 568 590,71 zł brutto i mimo to nie wzbudziła zastrzeżeń Odwołującego. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w kwestionowanych referencjach nie wpisano wartości dostaw, ale wartość umowy i z dołączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu w postaci umowy nr I0CZZ000.271. 15.2023 wynika, że *Zamawiający zapłaci Wykonawcy za zrealizowany w całości przedmiot zamówienia łączne maksymalne wynagrodzenie brutto 1 378 356,45 zł* (§ 4 ust. 3 umowy). Treść referencji jest więc jak najbardziej zgodna z treścią ww. umowy, zatem nie można twierdzić, że referencja ta jest „nieprawdziwa”.

Po trzecie, faktem jest, że z oświadczenia wiceprezesa zarządu spółki Microne (dowód Przystępującego) wynika, że zrealizowane zostały zamówienia o wartości powyżej 1 230 000 zł brutto, zaś z zestawienia dostaw zrealizowanych na podstawie ww. umowy (dowód Zamawiającego) wynika, że wartość tych dostaw wyniosła 1 237 442,39 zł brutto, ale nie można pominąć przy tym treści warunku doświadczenia opisanego w rozdziale 7 w pkt 1.4. SWZ, w którym Zamawiający wymagał wykazania realizacji co najmniej dwóch dostaw sprzętu komputerowego o wartości nie mniejszej niż 750 000 zł brutto każda. Nie ma wątpliwości, że zarówno wartość umowy wpisana do kwestionowanej referencji, jak i wartości zrealizowanych dostaw wskazane w ww. dowodach złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego są wyższe od wymaganej kwoty 750 000 zł brutto. Zatem nie ma żadnych podstaw, by twierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku. Dodatkowo należy zauważyć, że kwestionowana w odwołaniu referencja dotyczy dostawy realizowanej na rzecz Zamawiającego, który w tym stanie rzeczy musiał mieć wiedzę o faktycznej wartości zrealizowanych dostaw. Ponadto zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przystępujący nie musiał więc nawet składać ww. referencji skoro była ona wystawiona przez Zamawiającego i Zamawiający ją posiadał, bo wystarczające byłoby gdyby się na nią powołał i potwierdził jej prawidłowość i aktualność.

Podsumowując tę kwestię należy podkreślić, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący twierdząc, że jakiś dokument jest „nieprawdziwy”, zobowiązany jest przedstawić uzasadnienie i dowody na potwierdzenie tej „nieprawdziwości”. Odwołujący nie wykazał, że wartość umowy wpisana do referencji jest „nieprawdziwa” (przeciwy temu sama treść tej umowy i załączniki do niej), jak też nie wykazał, z jakiego powodu kwota wpisana do tej referencji miałyby prowadzić do wniosku, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego zarzut dotyczący referencji został uznany za niezasadny.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego informacji z KRK złożonej przez Przystępującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero po wniesieniu odwołania stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też w świetle art. 555 ustawy Pzp, nowe argumenty, będące w istocie nowymi zarzutami, podniesione dopiero po wniesieniu odwołania, np. na rozprawie, nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, skoro nie były zawarte w odwołaniu.

W niniejszej sprawie Odwołujący wskazał w odwołaniu na str. 2, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegało na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego z powodu „braku złożenia prawidłowego oświadczenia KRK”. W całym liczącym 7 stron odwołaniu były to jedyne słowa odnoszące się do kwestii informacji z KRK. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał:

- którego dokładnie dokumentu dotyczy ten zarzut, bo przecież Przystępujący składał informacje z KRK dotyczące zarówno członków zarządu spółki, jak i samej spółki,
- na czym polega „nieprawidłowość” informacji z KRK, co konkretnie jest w tym dokumencie nieprawidłowe i stanowi podstawę faktyczną postawionego zarzutu.

Dopiero w piśmie procesowym z dnia 01.07.2024 r. i na rozprawie Odwołujący wskazał, że chodzi o informację z KRK złożoną dla spółki, czyli informację o podmiocie zbiorowym i że dokument ten, zdaniem Odwołującego, nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dodatkowo Odwołujący wskazał w ww. piśmie procesowym, że „Zamawiający wydatkuje bezpodstawnie środki na poprawianie dokumentów Wykonawcy, chociaż to obowiązkiem Wykonawcy było przedstawić prawidłowy dokument, nawet jeśli błąd jest po stronie firmy trzeciej lub instytucji. Wystawienie takiego dokumentu KRK dla firmy Microne kosztuje 20 zł, a Zamawiający wydał 100 zł i nie otrzymał dokumentu prawidłowego. Świadczy to o faworyzowaniu firmy Microne. Zamawiający nie jest organem uprawnionym do poprawiania i weryfikacji dokumentów podpisanych przez Ministerstwo Finansów”. Pomijając to, że w ostatnim cytowanym akapicie Odwołujący w dalszym ciągu nie wskazał, na co konkretnie Zamawiający wydał 100 zł, w jaki sposób „poprawił” dokument i jak przekłada się to na naruszenie przepisów ustawy Pzp, przede wszystkim należy podkreślić, że żadne z okoliczności opisanych dopiero w piśmie procesowym z dnia 01.07.2024 r. i podnoszonych na rozprawie, nie były wskazane w odwołaniu. Wszystkie te okoliczności, tj. zidentyfikowanie, o którą informację KRK Odwołującemu chodzi, na czym konkretnie polega „nieprawidłowość” tego dokumentu oraz niejasny opis dokonywanych przez Zamawiającego za 100 zł „poprawek” tego dokumentu, pojawiły się dopiero w piśmie procesowym z dnia 01.07.2024 r. i na rozprawie. W tym stanie rzeczy należy uznać, że są to nowe zarzuty, niepodniesione w odwołaniu i w związku z tym, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę.

Jednocześnie odnosząc się do słów Odwołującego, jakoby nieprawidłowość KRK wynikała wprost z dokumentów postępowania, należy wyjaśnić, że to obowiązkiem wykonawcy wnoszącego odwołanie jest przedstawienie i uzasadnienie zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), natomiast do kompetencji Izby nie należy samodzielne domyślanie się i poszukiwanie tego uzasadnienia za Odwołującego.

Natomiast sam zarzut „braku złożenia prawidłowego oświadczenia KRK”, który był wskazany w odwołaniu, jako nieskonkretyzowany i pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia zawartego w tym odwołaniu, nie może zostać uznany za zasadny.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z biegłego (wniosek zawarty w piśmie z dnia 01.07.2024 r.) w celu wykazania:

„- *prawdziwości oświadczenia firmy Listar Poland w korespondencji z Zamawiającym,*

- *spełnienia wymagań przez SWZ dla chłodzenia jakie zostało zaoferowane przez naszą firmę, które zostanie przekazane wybranemu biegłemu*”.

Izba stwierdziła, że kwestia możliwości zamontowania w oferowanym przez Odwołującego sprzęcie dwóch wentylatorów o średnicy 135 mm została już stwierdzona innymi dowodami, tj. okazaniem tego montażu na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego, a istotą problemu w tej sprawie okazała się niedopuszczalność zastosowania przy montażu elementu pochodzącego z innego modelu niż zaoferowany. W tym stanie rzeczy również badanie „*prawdziwości oświadczenia firmy Listar*” (pomijając to, że Odwołujący w żaden sposób poza głośnymi stwierdzeniami nie podważył tej prawdziwości) nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i skutkowałoby jedynie zwłoką w prowadzeniu postępowania odwoławczego. Dlatego zgodnie z art. 531 i art. 541 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Ponadto Izba uznała za niemający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy dowód złożony przez Odwołującego w postaci wydruku z weryfikacji podpisu elektronicznego, ponieważ dotyczy on okoliczności faktycznych, i za tym idzie – zarzutu, w ogóle nie sformułowanego w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 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).

Odnosząc się do wniosku Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 01.07.2024 r. o obciążenie kosztami Przystępującego z powodu tego, że „*celowo doprowadza do rozprawy*”, Izba stwierdza, że nie istnieją ku temu żadne podstawy ani faktyczne, ani prawne.

Przewodnicząca