

Sygn. akt:KIO 2460/24
KIO 2467/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r.:

A. przez wykonawcę GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach,

B. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic SA z siedzibą w Gliwicach Blue Brain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Katowice

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2460/24 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic SA z siedzibą w Gliwicach Blue Brain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2467/24 - wykonawcy GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach

orzeka:

oddala oba odwołania,

w postępowaniu o sygn. akt KIO 2460/24: kosztami postępowania obciąża wykonawcę GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,

w postępowaniu o sygn. akt KIO 2467/24: kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic SA z siedzibą w Gliwicach Blue Brain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic SA z siedzibą w Gliwicach Blue Brain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 2460/24
KIO 2467/24

UZASADNIENIE

Miasto Katowice (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Uruchomienie i utrzymanie systemu kompleksowej obsługi wydruków w Urzędzie Miasta Katowice” (znak postępowania: BZP.271.1.33.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2024 r. pod numerem S: 89/2024 271030-2024.

KIO 2460/24

W dniu 15 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący Grupa E”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EUVIC S.A. i Blue Brain Polska sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Euvic”) ze względu na sprzeczność treści oferty z warunkami zamówienia,
- wezwaniu Odwołującego Grupa E pismem z dnia 8.07.2024 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Grupa E zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego Grupa E do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty po dokonaniu oceny oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Grupa E wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności z dnia 8.07.2024 r. tj. wezwania Odwołującego Grupa E do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,
- ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic,
- ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Grupa E kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący Grupa E wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie niniejszego odwołania doprowadzi do unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum Euvic oraz może doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego Grupa E. Z kolei utrzymanie w mocy przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty może spowodować poniesienie przez Odwołującego Grupa E szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania, pozbawi Odwołującego Grupa E osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówień, co stanowi szkodę uzasadniającą złożenie odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informacje stanowiące podstawy dla wniesienia odwołania Odwołujący Grupa E uzyskał w dniach 3 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) oraz 8 lipca 2024 r. (wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 15 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący Grupa E prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Uzasadniając wniesione odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, Odwołujący Grupa E wskazał, iż Konsorcjum Euvic zaferowało jako urządzenie TYP III produkt „Urządzenie wielofunkcyjne HP Color LaserJet Managed E786dn”, cc potwierdza to załączony do oferty dokument (plik pn.: „5.3 Karta Katalogowa E786dn_PL-karta-produktu.BES”). W ocenie Odwołującego Grupa E, z załączonej do oferty karty katalogowej wynika wprost, że czas wydruku pierwszej strony A4 Kolor w najszybszej wersji wynosi 10,8 s. Jak dalej wskazał Odwołujący Grupa E, z załącznika nr 8 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej: „SOPZ”), rozdział II pkt 3.1., LP 8. wynika, że minimalne wymaganie oferowanego urządzenia wielofunkcyjnego formatu A3 (typ III) czas wydruku pierwszej strony (bez rozróżniania typu wydruku) wynosi maksymalnie 10 s. Odwołujący Grupa E zauważył, że Zamawiający konsekwentnie tam, gdzie chce wskazać różne parametry dla różnych rodzajów wydruków (mono i kolor) wyraźnie to rozróżnia (np. LP 4 i 5, LP 7). Tymczasem, tam gdzie dany parametr ma odnosić się do wszelkich wydruków nie wyróżnia ich (np. LP 2, LP 6 i LP 8). W konsekwencji, nie da się inaczej interpretować opisu dla LP 8 jak wyżej opisano. Zresztą inna interpretacja doprowadziłaby np. do kuriozalnej sytuacji, w której np. poz. LP 6 (szybkość drukowania A3) odnosiliby się tylko dla niektórych stron (i nie wiadomo jakich, mono czy kolor). Podobnie byłoby dla LP 2 czyli obsługiwanych formatów, które też dotyczyłyby jedynie niektórych wydruków (znów nie wiadomo jakich). Odwołujący Grupa E wskazał też, że co prawda Zamawiający przewiduje możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jednak w tym przypadku wezwanie takie doprowadziłoby do sytuacji, w której Konsorcjum Euvic dokonuje zmiany oferowanego modelu urządzenia typ III, czym doprowadzi do zmiany treści złożonej przez siebie oferty, a to jest niedozwolone. Brak jest zatem dla Odwołującego Grupa E wątpliwości, że zaferowanie przez Konsorcjum Euvic urządzenia wielofunkcyjnego HP Color LaserJet Managed E786dn” o szybkości wydruku pierwszej strony kolorowej 10,8 s. stoi w oczywistej sprzeczności z poz. LP 8 z tabeli 3 określającej parametry dla drukarek typu III.

W zakresie zarzutu nr 2, Odwołujący Grupa E podniósł, że wezwanie z dnia 8 lipca 2024 r. skierowane do Odwołującego Grupa E jest pozbawione podstaw prawnych i zostało dokonane z rażącym naruszeniem procedury. Zdumienie Odwołującego Grupa E budzi tego rodzaju stwierdzenie, albowiem Zamawiający w dniu 3 lipca 2024 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność ta nie została uchylona, ani unieważniona i pozostaje w mocy. Oczywiste jest przy tym, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest konsekwencją oceny ofert (szczególnie w zakresie podstaw do ich odrzucenia), a tym samym jest ostatnią czynnością. Nie jest możliwe dokonywanie jakiegokolwiek oceny ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców jakichkolwiek wyjaśnień i czy dodatkowych dokumentów. Zamawiający, jeżeli oczekuje wyjaśnienia oferty musi unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej, wezwać wykonawcę(ów) do wyjaśnień, ocenić oferty ponownie i wybrać ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum

Euvic. Pismem z dnia 26 lipca 2024 r. Konsorcjum Euvic wniósł o oddalenie odwołania. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Konsorcjum Euvic po stronie Zamawiającego.

KIO 2467/24

W dniu 15 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Euvic SA z siedzibą w Gliwicach Blue Brain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący Konsorcjum Euvic”).

Odwołanie złożono wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący Konsorcjum Euvic zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grupa E Sp. z o.o. (dalej: „Grupa E”) mimo, iż treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków określonych w dokumentacji postępowania dla kasety podajnika urządzenia A4 mono TYP I oraz urządzenia UWF A4 – TYP II,

2. art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przez przedstawienie przez Grupa E w ofercie informacji wprowadzających w błąd w zakresie parametrów oferowanych urządzeń TYP I i TYP II, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym nieodrzućenie jego oferty jako niezgodnej z treścią dokumentacji postępowania, co mogło nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy Grupa E;

- art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, przez uznanie, że oferta Grupa E nie podlega odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu, w sytuacji, gdy jego oferta nie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący Konsorcjum Euvic wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Grupa E w zakresie którego dotyczy niniejsze odwołanie i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy gdyż treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków określonych w dokumentacji postępowania dla kasety podajnika urządzenia A4 mono typ I oraz urządzenia UWF A4 – typ I.

Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego Konsorcjum Euvic oraz oferta Grupa E. Żadna z ofert, na moment składania odwołania, nie została przez Zamawiającego odrzucona, a żaden wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu. Jednocześnie oferta Odwołującego Konsorcjum Euvic została uznana w postępowaniu za ofertę najkorzystniejszą, o czym Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 3 lipca 2024 roku. Jednocześnie w dniu 3 lipca 2024 roku Grupa E złożył do Zamawiającego wniosek o ponowne badanie oferty Odwołującego Konsorcjum Euvic, a w konsekwencji jej odrzucenie z uwagi na rzekome nie spełnianie przez zaoferowane urządzenia parametru wynikającego z dokumentacji OPZ w zakresie maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony dla urządzeń HP Color LaserJet Managed E786dn. Odwołujący Konsorcjum Euvic w wyznaczonym terminie, na wezwanie Zamawiającego, złożył w tym zakresie stosowne wyjaśnienia. Zamawiający, na moment składania odwołania – znając wyjaśnienie Odwołującego Konsorcjum Euvic nie unieważnił dokonanej decyzji, jednak z uwagi na wniesione przez Grupa E odwołania dotyczące wyboru oferty Odwołującego Konsorcjum Euvic jako oferty najkorzystniejszej, Odwołujący Konsorcjum Euvic uznaje, że wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione. Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, który mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów. Oferta Odwołującego Konsorcjum Euvic jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i zgodną z dokumentacją postępowania. W przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Grupa E albo zmiany decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, Odwołujący Konsorcjum Euvic nie będzie miał możliwości wniesienia odwołania wskazującego na niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią dokumentacji postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący Konsorcjum Euvic uzyskał w dniu 3 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 15 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący Konsorcjum Euvic prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Uzasadniając wniesione odwołanie, Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał, iż dla drukarek TYP I między innymi Zamawiający wymagał, by urządzenie wyposażone było w zasobnik papieru standardowy min. 500 arkuszy A4

(wbudowany w urządzenie, niewystające poza obudowę urządzenia) – pkt 6.1. tabeli wymagań dla urządzeń TYP I. Grupa E zaoferowała drukarkę LEXMARK MS531DW, która posiada standardowe (tj. na wyposażeniu producenta) zasobniki na łącznie 250 arkuszy A4, co potwierdza przedstawiona przez tego wykonawcę łącznie z ofertą dokumentacja techniczna tego urządzenia, z której wynika, że zaoferowane urządzenie w zakresie obsługi papieru posiada „uniwersalny podajnik na 100 arkuszy. Zintegrowany duplex, Odbiornik na 150 arkuszy, Podajnik na 250 arkuszy.” Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał, że z dokumentacji technicznej urządzenia wynika co prawda, że możliwe jest zainstalowanie w tym typie drukarki dodatkowych zasobników nawet na 550 arkuszy, jednak jest to jedynie opcja urządzenia, wymagająca dostawy dodatkowego zasobnika o odrębnym numerze katalogowym od samej drukarki. Nie można zatem uznać zdaniem Odwołującego Konsorcjum Euvic, że jest to zasobnik standardowy, jak wymagał tego Zamawiający, wbudowany w urządzenie. Podajnik opcjonalny można w urządzeniu zainstalować, ale nie będzie on w to urządzenie wbudowany. Techniczną niezgodność w tym zakresie potwierdza dokumentacja producenta zamieszczona na podanej stronie internetowej. Zaoferowane urządzenie TYP I jest zatem niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ. Podobnie w przypadku urządzenia UWF A4 – TYP II, Zamawiający w OPZ określił, wymagani dla zasobników papieru jako standardowych min 250 arkuszy A4 (pkt 7.1) oraz podajnik ręczny na min 50 arkuszy A4. Grupa E zaoferował w zakresie urządzeń TYP II urządzenie producenta LEXMARK CX532adwe. W dokumentacji technicznej tego urządzenia producent wskazał, że standardowa obsługa papieru realizowana jest przy wykorzystaniu „200 arkuszowego pojemnika wyjściowego, zintegrowany duplex, podajnik ręczny na jeden arkusz, taca 250 arkuszy.” Podobnie jak w przypadku urządzenia opisanego powyżej, istnieją możliwe opcjonalne rozwiązania dla rozwiązań standardowych, polegające na montażu dodatkowych zasobników o odrębnych numerach katalogowych, nie wbudowanych w urządzenie fabrycznie. Techniczną niezgodność w tym zakresie potwierdza dokumentacja producenta zamieszczona na podanej stronie internetowej. Zaoferowane urządzenie TYP II jest zatem również niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ. Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał, że oferta Grupa E podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał również, że nie jest dopuszczalne w przypadku takiej treści oferty przeprowadzenie z wykonawcą postępowania wyjaśniającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wszczęcie takiego postępowania prowadziłoby do niedopuszczalnej negocjacji treści oferty lub zmiany jej treści. Jednocześnie Odwołujący Konsorcjum Euvic wskazał, że zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp winno wykluczyć Grupa E, gdyż ten – co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – w treści oferty przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Euvic oferta stwarza wrażenie, że zaoferowane urządzenia w wersji standardowej, w opcji wbudowanej, posiadają podajniki lub zasobniki, które jednak dostępne są wyłącznie w ramach opcji urządzenia i stanowią odrębne od niego części, które mogą być dopiero konfigurowane z urządzeniem.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił Grupa E. Pismem z dnia 26 lipca 2024 r. Grupa E wniósł o oddalenie odwołania bez jego merytorycznego rozpoznania ze względu na brak interesu Odwołującego do jego wniesienia, a ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku o oddalenie odwołania. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Grupa E po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2460/24

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do pisma procesowego Konsorcjum Euvic oraz przedłożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Przechodząc do oceny zarzutu nr 1, w ocenie Izby podlegał on oddaleniu.

W załączniku nr 8 do SWZ - SOPZ, w rozdziale II pkt 3.1., LP 8. Zamawiający wskazał, że minimalne wymagania oferowanego urządzenia wielofunkcyjnego formatu A3 (typ III):

„Czas wydruku pierwszej strony” - „Maksymalnie do 10 sekund”.

Faktem bezspornym było to, że w ramach urządzenia wielofunkcyjnego formatu A3 (typ III) Konsorcjum Euvic zaoferowało „Urządzenie wielofunkcyjne HP Color LaserJet Managed E786dn”, a do swojej oferty załączył kartę katalogową tego produktu. Jak wynikało w trakcie rozprawy, Konsorcjum Euvic zaoferowało dokładnie model w wersji 5QJ90A (podstawa) + 8EP56AAE (licencja na szybkość), co było też zgodne z ustaleniami poczynionymi przez Odwołującego Grupa E. Brak więc było sporu w tym zakresie, jaką konkretnie wersję urządzenia HP Color LaserJet Managed E786dn zaoferowało Konsorcjum Euvic. Z załączonej do oferty Konsorcjum Euvic karty katalogowej dla tego urządzenia wynikało więc, iż w przypadku tej wersji czas wydruku pierwszej strony w czerni wynosi 9,4 s, natomiast 11,4 s w kolorze.

W pierwszej kolejności należy więc podkreślić, iż w treści SWZ brak było wyraźnego wskazania, iż czas wydruku pierwszej strony miał dotyczyć zarówno wydruku w czerni, jak i w kolorze. Takie doprecyzowanie bezspornie nie istniało w ramach wymaganych parametrów. Stąd też nie sposób czynić wykonawcy oferującemu urządzenie, które w przypadku druku w czerni, wypełnia wymóg maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony, z czym nie polemizował Odwołujący Grupa E, zarzutów, że nie spełnia on parametru, który *expressis verbis* odnosił się właśnie do czasu wydruku pierwszej strony. Nie może bowiem ująć uwadze, że brzmienie treści SWZ podlega wykładni literalnej. Nie jest zatem dopuszczalnym formułowanie przez Zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert czy też w trakcie postępowania odwoławczego, wymogów, które nie zostały literalnie ujęte w treści SWZ. Wszelkie próby interpretacyjne zmierzające do zaostrzenia wymagań względem ustalonego w SWZ brzmienia opisu przedmiotu zamówienia prowadziłyby więc do nieuprawnionych zmian SWZ. Zamawiający powinien zatem formułować treść SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, w sposób nierozdający po stronie wykonawców wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego. Natomiast ewentualne niepewności interpretacyjne i wieloznaczności powinny być przedmiotem wyjaśnień treści SWZ przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wykonawcy powinni mieć gwarancję, że ocena ofert w postępowaniu przez Zamawiającego nastąpi w odniesieniu do literalnego brzmienia zapisów, a nie poprzez niedopuszczalne próby interpretacyjne podjęte dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Abstrahując od powyższego, uzupełniająco należy wskazać, że choć zdaniem Izby parametr czas wydruku pierwszej strony nie powinien być interpretowany bardziej rygorystycznie aniżeli wynika to literalnie z treści SWZ i kwestia czasu wydruku pierwszej strony w kolorze nie była absolutnie rozstrzygająca dla oceny zarzutu, to należy poczynić poniższe uwagi. Samo stanowisko Odwołującego Grupa E, wzmocnione dowodami złożonymi na posiedzeniu, że czas wydruku pierwszej strony w kolorze przez urządzenie zaoferowane przez Konsorcjum Euvic przekraczał czas 10 s, nie było w ocenie Izby przekonujące. Owszem, z karty katalogowej złożonej wraz z ofertą przez Konsorcjum Euvic wynika, że dla urządzenia w wersji 5QJ90A (podstawa) + 8EP56AAE (licencja na szybkość) czas wydruku pierwszej strony w kolorze to 11,4 s. Odwołujący Grupa E przedłożył jako dowód w sprawie zrzut ze strony internetowej producenta ze specyfikacją urządzenia zaoferowanego przez Konsorcjum Euvic, na którą to jednocześnie powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, że czas wydruku pierwszej strony w kolorze dla tej wersji urządzenia to już 10,3 s. Natomiast z przedstawionego przez Konsorcjum dowodu w postaci oświadczenia przedstawiciela producenta sprzętu komputerowego marki HP z dnia 16 lipca 2024 r., wynikało wprost, iż czas wydruku pierwszej strony dla urządzenia wielofunkcyjnego HP Color LaserJet Managed E786dn (w wariantcie E78630dn), zgodnie z normą ISO 17629, wynosi 9,69 s dla wydruku kolorowego. Przy czym Odwołujący Grupa E starał się wykazać, iż ww. oświadczenie przedstawiciela producenta prezentuje wynik testu dotyczący innego modelu tj. z dopiskiem Flow. Na potwierdzenie, iż model urządzenia z dopiskiem Flow to inny model przedstawił wyciąg z prezentacji handlowej HP. Z tabelarycznego zestawienia zawartego w tym wyciągu nie wynika jednakże, jakie konkretnie różnice pozwalały na przyjęcie, iż urządzenie E78630dn Flow ma inne parametry aniżeli urządzenie E78630dn, a w szczególności wyciąg nie referuje do danych czasu wydruku pierwszej strony. Odwołujący nie przedstawił również przekonującego stanowiska obalającego twierdzenie Konsorcjum Euvic, iż dopisek Flow oznacza pasmo sprzedaży profesjonalnej. W ocenie Izby brak było zatem podstaw, aby przyjąć stanowisko Odwołującego Grupa E, że wydruk pierwszej strony w kolorze przez urządzenie zaoferowane przez Konsorcjum Euvic przekraczał czas 10 s. Należy bowiem podkreślić, iż ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywał na Odwołującym Grupa E. W sytuacji więc, gdy przedstawiona przez Odwołującego Grupa E argumentacja wraz z dowodami sama w sobie nie była dla Izby przekonująca, a ponadto nie obaliła dowodu przeciwnego przedłożonego przez Konsorcjum Euvic, Izba uznała, iż Odwołujący Grupa E nie udźwignął ciężaru dowodu. Gdyby nawet więc Zamawiający miał wątpliwości co do spełniania parametru czas wydruku pierwszej strony przez urządzenie zaoferowane przez Konsorcjum Euvic, Zamawiający mógł zwrócić się o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, co zresztą zauważył Odwołujący Grupa E (niemniej zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, czy też ich wyjaśnienia, nie było objęte zarzutami odwołania), a jak wyżej wskazano, nie można by przyjąć, że jedynie w przypadku niedopuszczalnej zmiany modelu urządzenia przez Konsorcjum Euvic ww. parametr mógłby zostać spełniony.

Z kolei zarzut nr 2, tj. naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego Grupa E do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty po dokonaniu oceny oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej, również podlegał oddaleniu, gdyż w ocenie Izby zarzut ten nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Choć Izba przyznaje rację Odwołującemu Grupa E, iż kierowanie wezwania motywowanego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp już po wyborze oferty najkorzystniejszej jest niezasadne, bowiem to czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi zgodnie z zawartą w art. 7 pkt 18) ustawy Pzp definicją postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi ostatnią czynność w postępowaniu, tym niemniej nie sposób znaleźć w oczach Izby uzasadnienia dla nadania takiemu naruszeniu charakteru innego niż formalny.

Zaznaczyć należy, iż mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, brak wpływu na wynik postępowania ma miejsce wtedy, gdy uwzględnienie i powtórzenie czynności przez zamawiającego nie spowoduje zmiany wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 110/21, XXIII Zs 111/21, Legalis). Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego, tj. jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem stwierdzenie popełnienia przez zamawiającego błędu w ocenie ofert, który jednak nie powoduje zmiany rankingu ofert złożonych w postępowaniu, nie ma wpływu na wynik postępowania, wobec czego zarzut odwołania należy oddalić (tak KIO w wyroku z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 609/23, Legalis).

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

KIO 2467/24

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy w postaci dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Jednakże, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący Konsorcjum Euvic nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w dniu 3 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego Konsorcjum Euvic o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, zaś oferta Grupa E została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą Odwołującego Konsorcjum Euvic. W treści odwołania Odwołujący Konsorcjum Euvic wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Grupa E i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy. Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że z uwagi na wniesione przez Grupa E odwołanie dotyczącego wyboru oferty Odwołującego Konsorcjum Euvic jako oferty najkorzystniejszej, Odwołujący Konsorcjum Euvic uznaje, że wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione, a w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Grupa E albo zmiany decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, Odwołujący Konsorcjum Euvic nie będzie miał możliwości wniesienia odwołania wskazującego na niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią dokumentacji postępowania.

Jak więc wskazał Odwołujący Konsorcjum Euvic, legitymacji do wniesienia odwołania upatrywał we wniesieniu przez odwołania przez konkurenta - Grupa E i czysto teoretycznym uwzględnieniu odwołania na wybór jego własnej oferty jako najkorzystniejszej złożonego przez Grupa E. Odwołujący nie zwrócił jednakże uwagi na to, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 525 ustawy Pzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu

odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić statusu swej oferty, co zresztą uczynił Odwołujący Konsorcjum Euvic, przystępując do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2460/24.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby, wykonawca, którego oferta została wybrana, nie może skutecznie wnieść odwołania - nie może wykazać przesłanki szkody.

Izba popiera stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 25 czerwca 2024 r. (sygn. akt: KIO 1719/24), w którym wskazano, że „wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Izba stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej”.

Izby podziela więc stanowisko, które wielokrotnie wcześniej wyrażane było przez Izbę (por. przykładowo też wyroki KIO o sygn. akt: KIO 109/24, KIO 2238/22, KIO 447/22, KIO 373/22, KIO 498/21, KIO 1256/20 i KIO 1260/20, KIO 1374/19, K 737/16, KIO 739/16, KIO 183/16, KIO 245/15, KIO 305/15, KIO 2777/13, KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, K 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, KIO 2396/12, KIO 2416/12), jak również w orzecznictwie sądów okręgowych. Przykładowo Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) wskazywał między innymi, że „*dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody*”. Natomiast Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w postanowieniu z dnia 19 września 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 111/22), wskazywał, że zaistnienie przesłanek dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia, albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone, bądź też, że zostanie oddalona skarga – tak: postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 19 września 2022 r. XXIII Zs 111/22.

Konkludując powyższe uwagi, należy wskazać, że Odwołujący Konsorcjum Euvic nie miał legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, zatem odwołanie podlegało oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....