

WYROK
z dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2023 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3696/23 po stronie zamawiającego:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
- B. Wykonawcy BLUE BRAIN Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 1 i części nr 2 zamówienia, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
 - 1.2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert w ramach części nr 1 i części nr 2 zamówienia, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddać.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie i uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie

i KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie kwotę 4 400 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych na wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika,

3.3. Zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy BLUE BRAIN Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3696/23

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwaną dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„zakup i dostawę 2239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisu i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych”*. Numer referencyjny tego zamówienia to 993200.271.28.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 118-370359.

W dniu 8 grudnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ARCUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, EGIDA IT SOLUTIONS Spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum ARCUS”, wniosli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego wykonanych w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

1) wyborze oferty złożonej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej jako „Konsorcjum COPY.NET.PL”, w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w szczególności pomimo, że:

a) oferta Konsorcjum COPY.NET.PL podlegała odrzuceniu z powodu niespełnienia przez Konsorcjum COPY.NET.PL wymagań SWZ co do parametru w zakresie automatycznego podajnika dokumentów do skanowania 80 g/m² (poz. nr 22 odpowiednio Załącznika nr 12A do SWZ dla części nr 1 zamówienia oraz Załącznika nr 12B do SWZ dla części nr 2 zamówienia) i niewykazania przez Konsorcjum COPY.NET.PL spełnienia tych wymagań,

b) oferta Konsorcjum COPY.NET.PL podlegała odrzuceniu z powodu niewniesienia w sposób prawidłowy wadium w wymaganej formie, w wymaganym terminie i na wymagany okres, na zabezpieczenie oferty Konsorcjum COPY.NET.PL

w zakresie części nr 2 zamówienia (wadium wniesione w sposób nieprawidłowy),

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BLUE BRAIN Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej jako „wykonawca BLUE BRAIN” na dodatkowych, niewskazanych przez Zamawiającego podstawach, albowiem oferta wykonawcy BLUE BRAIN podlegała odrzuceniu również z powodu niewniesienia w sposób prawidłowy wadium w wymaganej formie, w wymaganym terminie i na wymagany okres, na zabezpieczenie oferty wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia (wadium wniesione w sposób nieprawidłowy),

3) nienależytym przeprowadzeniu badania i oceny ofert w odniesieniu do ofert Konsorcjum COPY.NET.PL oraz wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia,

4) nieuzasadnionym wyborze oferty Konsorcjum COPY.NET.PL jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia,

5) nieuzasadnionym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując opisanych powyżej czynności dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP) poprzez brak jego zastosowania, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum COPY.NET.PL w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodu niespełnienia przez Konsorcjum COPY.NET.PL wymagań SWZ co do parametru w zakresie automatycznego podajnika dokumentów do skanowania (ADF) wymagającego pojemności minimum 100 arkuszy A4 przy gramaturze 80 g/m² (poz. nr 22 odpowiednio dla Załącznika nr 12A do SWZ dla części nr 1 zamówienia oraz Załącznika nr 12B do SWZ dla części nr 2 zamówienia) oraz niewykazania przez Konsorcjum COPY.NET.PL spełnienia tych wymogów, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum COPY.NET.PL (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez brak jego zastosowania, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum COPY.NET.PL w zakresie części nr 2 zamówienia pomimo, że wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium w wymaganej formie, w wymaganym terminie i na wymagany okres, na zabezpieczenie oferty Konsorcjum COPY.NET.PL w zakresie części nr 2 zamówienia, a wadium – gwarancja ubezpieczeniowa – przedstawiona przez tego wykonawcę jest nieprawidłowa (wadium wniesione w sposób nieprawidłowy) – zarzut nr 2,

3) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez brak jego zastosowania, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 oraz nr 2 zamówienia również z tego dodatkowego powodu, że wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium w wymaganej formie, w wymaganym terminie i na wymagany okres, na zabezpieczenie oferty wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 oraz nr 2 zamówienia, a wadium gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez tego wykonawcę jest nieprawidłowa (wadium wniesione w sposób nieprawidłowy) – zarzut nr 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum COPY.NET.PL jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia,

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, wraz z nakazaniem:

a) odrzucenia oferty Konsorcjum COPY.NET.PL w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia,

b) odrzucenia oferty wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia również na dodatkowych, niewskazanych przez Zamawiającego podstawach,

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części nr 2 zamówienia.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum ARCUS podało, że w terminie składania ofert, na wykonanie części nr 1 i części nr 2 zamówienia złożone zostały 3 oferty: Odwołującego, Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcy BLUE BRAIN. Wykonawca BLUE BRAIN zaoferował to samo urządzenie wielofunkcyjne (Producent: Brother / model: MFCL6915DN plus LT6505 dla części nr 2 zamówienia) do obu części zamówienia. Konsorcjum COPY.NET.PL zaoferowało to samo urządzenie wielofunkcyjne (Producent: KONICA MINOLTA / model: Bizhub 4750i) do obu części zamówienia. Jedynie

Odwołujący zaoferował różne urządzenia w tych częściach zamówienia, tj. urządzenia HP w części nr 1 zamówienia, oraz urządzenia Kyocera w części nr 2 zamówienia. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert informując w dniu 28 listopada 2023 r. o wynikach postępowania: o odrzuceniu oferty wykonawcy BLUE BRAIN w obu częściach i wyborze oferty Konsorcjum COPY.NET.PL jako oferty najkorzystniejszą w obu częściach. Przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy BLUE BRAIN był fakt, iż urządzenia oferowane przez tego wykonawcę nie spełniają wymagań SWZ co do parametru w zakresie automatycznego podajnika dokumentów do skanowania (ADF) wymagającego pojemności minimum 100 arkuszy A4 przy gramaturze 80 g/m² (poz. nr 22 odpowiednio Załącznika nr 12A i Załącznika nr 12B do SWZ), ponieważ sprzęt oferowany przez wykonawcę BLUE BRAIN ten parametr posiada na poziomie „do 80 arkuszy papieru 80 g/m²”. Powodem odrzucenia oferty wykonawcy BLUE BRAIN było więc niespełnienie parametru SWZ, którego nie spełnia również oferta Konsorcjum COPY.NET.PL i oferowany przez to Konsorcjum sprzęt.

Odwołujący uzasadniając pierwszy z zarzutów odwołania wskazał, że Zamawiający postawił szereg wymagań produktowych w odniesieniu do zamawianych urządzeń drukujących. Zamawiający postawił m.in. wymóg minimalnego parametru w zakresie automatycznego podajnika dokumentów do skanowania (ADF) wymagającego pojemności minimum 100 arkuszy A4 przy gramaturze 80 g/m². W ramach wniosków o wyjaśnienia SWZ jeden z potencjalnych oferentów zwrócił się do Zamawiającego z wnioskami o zmianę tego wymagania poprzez zmniejszenie wymaganej liczby arkuszy A4 z 100 arkuszy do 80 arkuszy (wyjaśnienia i modyfikacje treści SWZ opublikowane 14 lipca 2023r.; pytania nr 8 i 9). Na zmiany tego parametru dla części nr 1 i nr 2 Zamawiający nie wyraził zgody, odpowiadając na pytania 8 i 9: *Zamawiający informuje, że pozostawia bez zmian zapisy SWZ.*

Wykonawca BLUE BRAIN i Konsorcjum COPY.NET.PL wypełniając załączniki nr 12A i 12B do SWZ wskazały następujące spełnienie parametru z poz. nr 22 (pojemność pojemnika ADF): Załącznik 12A: *100 arkuszy A4 80g/m²*, Załącznik 12B: *100 arkuszy A4 w gramaturze 80g/m²*. Faktem natomiast jest, że urządzenia wielofunkcyjne zaoferowane przez obydwu tych wykonawców nie spełniają parametru nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ. Nawiązując do pytań jednego z oferentów do treści SWZ Odwołujący podał, że urządzenia zaoferowane przez Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcę BLUE BRAIN są urządzeniami niższej klasy o prędkości drukowania w przedziale 45- 50 str. A4/min (wymaganie minimalne Zamawiającego: 45 str. A4/min), gdzie standardem pojemności automatycznego pojemnika ADF jest 80 arkuszy A4 o gramaturze 80g/m². Potwierdzają to parametry prędkości wydruku oferowanych urządzeń podane w poz. nr 4 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ (prędkość wydruku) przez obydwu wykonawców: Konsorcjum COPY.NET.PL: prędkość drukowania – 47 str. A4/min, wykonawca BLUE BRAIN: prędkość drukowania – 50 str. A4/min. Autor pytań nr 8 i 9 do SWZ słusznie wskazał, że *Pozostawienie aktualnego zapisu* (tj. wymogu pojemności 100 arkuszy A4 pojemnika ADF – uwaga własna Odwołującego) *spowoduje, że zdecydowana większość wykonawców, chcących wziąć udział w postępowaniu, zmuszona będzie do zaoferowania modelu urządzenia z wyższej klasy, a to z kolei spowoduje wzrost cen ofert i ograniczy konkurencję.* Z powodu zaoferowania sprzętu niższej klasy, zdaniem Odwołującego, oferty cenowe pozostałych dwóch wykonawców są znacznie niższe niż oszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego czy kwoty przeznaczone przez Zamawiającego na realizację zamówienia. W ocenie Odwołującego takie działanie Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcy BLUE BRAIN nie było dopuszczalne, bowiem Zamawiający oczekiwał sprzętu lepszej klasy niż urządzenia faktycznie zaoferowane przez tych dwóch wykonawców. Wykonawcy ci zaoferowali sprzęt niższej klasy, uzyskując w ten sposób nieuzasadnioną przewagę cenową (zaoferowali tańszy sprzęt), a przecież cena była jedynym kryterium oceny ofert. W przypadku nieodrżucenia ich ofert, jeden z tych wykonawców uzyska zamówienie z powodu zaoferowania niższej ceny – ale za sprzęt poniżej wymagań Zamawiającego opisanych w SWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zgodził się na obniżenie standardu zamawianych urządzeń w części nr 1 i nr 2 zamówienia, podtrzymując wymaganie minimalnej pojemności podajnika ADF na poziomie 100 arkuszy A4 w gramaturze 80g/m², czemu Zamawiający dał jednoznacznie wyraz w opublikowanych w dniu 14 lipca 2023 r. odpowiedziach na pytania nr 8 i nr 9 do SWZ, gdzie wnioskowano o obniżenie parametru ze 100 arkuszy A4 na 80 arkuszy A4.

Ponadto Odwołujący zauważył, że z powodu zaoferowania przez wykonawcę BLUE BRAIN urządzeń c

parametrze pojemności pojemnika ADF do 80 arkuszy A4 w gramaturze 80g/m² (zamiast minimum 100 arkuszy w tej gramaturze), Zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy z postępowania. Z powodu wątpliwości dotyczących spełnienia parametru z poz. nr 22 przez sprzęt zaoferowany przez obu tych wykonawców Zamawiający wezwał ich do złożenia wyjaśnień i potwierdzenia spełnienia tego wymogu przez zaoferowany przez nich sprzęt. Przedstawione przez obu tych wykonawców wyjaśnienia – wraz z załączonymi dodatkowymi dokumentami, w tym komunikacją z zewnętrznymi dostawcami tych wykonawców (w szczególności tzw. oświadczenie producenta złożone przez Konsorcjum COPY.NET.PL oraz korespondencja e-mail złożona przez wykonawcę BLUE BRAIN) – nie potwierdzają, że

zaoferowane przez nich urządzenia spełniają wymagania parametru z poz. nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B (pojemności ADF), a jedynie budzą kolejne wątpliwości potwierdzające, że urządzenia wielofunkcyjne zaoferowane przez obu tych wykonawców nie spełniają wymagań parametru nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ (pojemności ADF). Po złożeniu wyjaśnień przez obu tych wykonawców oferta wykonawcy BLUE BRAIN została odrzucona w obu częściach, jako niespełniająca parametru nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ (pojemności ADF), natomiast wyjaśnienia Konsorcjum COPY.NET.PL zostały zaakceptowane przez Zamawiającego i oferta tego Konsorcjum nie będąc odrzucona została wybrana jako najkorzystniejsza w częściach nr 1 i nr 2 zamówienia pomimo, że obaj ci wykonawcy w swoich wyjaśnieniach powoływali się, że rzekomo producenci oferowanych przez nich urządzeń wielofunkcyjnych potwierdzili spełnienie wymagania nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ. Natomiast w rzeczywistości urządzenia zaoferowane zarówno przez wykonawcę BLUE BRAIN, jak i przez Konsorcjum COPY.NET.PL mają niższy parametr pojemności podajnika ADF niż wymagany przez Zamawiającego, tj. do 80 arkuszy A4 o wymaganej przez Zamawiającego gramaturze (przy wymaganiu SWZ minimum 100 arkuszy A4 80g/m²), co potwierdzają materiały dostępne chociażby w Internecie na oficjalnych stronach producentów tych urządzeń, które zostały przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w trakcie procedury badania i oceny ofert przez Zamawiającego i znajdują się w dokumentacji postępowania. Odwołujący podsumował, że oferta wykonawcy BLUE BRAIN podlegała odrzuceniu w zakresie części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia i Zamawiający takiego odrzucenia dokonał, natomiast oferta Konsorcjum COPY.NET.PL podlegała odrzuceniu w zakresie części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia, ale Zamawiający – w zbliżonym stanie faktycznym do oferty wykonawcy BLUE BRAIN – bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty tego Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania dotyczących nieprawidłowego wniesienia gwarancji wadialnej Odwołujący wskazał, że Konsorcjum COPY.NET.PL nazabezpieczenie swojej oferty na wykonanie części nr 2 zamówienia przedstawiło gwarancję ubezpieczeniową nr PO/01110678/2023 z dnia 3 sierpnia 2023 r. wystawioną przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna. Gwarant w treści gwarancji wskazał m. in., że:

- 1) *Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 4 sierpnia 2023 r. do dnia 2 grudnia 2023 r., z zastrzeżeniem ust. 2 (§ 3 ust. 1 gwarancji),*
- 2) *Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości Sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 14 dni od dnia złożenia tego żądania lub w terminie określonym w SWZ i wskazanym w żądaniu zapłaty, jeżeli taki termin został określony w SWZ (§ 4 ust. 1 gwarancji),*
- 3) *Żądanie zapłaty powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta (§ 4 ust. 2 gwarancji),*
- 4) *Żądanie zapłaty musi być sporządzone:*
 - *w formie pisemnej i doręczone w oryginale na adres siedziby Generali T.U. S.A. w Warszawie, a podpisy osób, o których mowa w ust. 2, powinny być poświadczane przez bank, prowadzący rachunek Beneficjenta lub przez notariusza lub*
 - *w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób, o których mowa w ust. 2 i przesłane na adres: s. (§ 4 ust. 3 gwarancji).*

Termin związana ofertą upływał w dniu 1 grudnia 2023 r. (piątek), natomiast termin ważności gwarancji upływał w dniu 2 grudnia 2023 r. (sobota).

Odwołujący zauważył, że z zastrzeżeń poczynionych przez gwaranta – Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. wynika, że gwarant odpowiadał wobec Zamawiającego jako beneficjenta tylko, jeśli maksymalnie do soboty 2 grudnia 2023 r. gwarant otrzymał od Zamawiającego oryginał żądania zapłaty, w dodatku podpisany przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Zamawiającego (czyli domyślnie przez osoby wchodzące w skład zarządu ZUS, jako uprawnione do samodzielnej lub łącznej reprezentacji ZUS).

Jeśli chodzi o wykonawcę BLUE BRAIN to na zabezpieczenie oferty na wykonanie części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia przedstawił on gwarancję ubezpieczeniową nr 280000204925 z dnia 3 sierpnia 2023 r. (dla części nr 1 zamówienia) oraz gwarancję ubezpieczeniową nr 280000204976 z dnia 3 sierpnia 2023 r. (dla części nr 2 zamówienia), obie wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. W obu gwarancjach Gwarant jednolicie wskazał m. in., że:

- 1) *Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 4 sierpnia 2023 r. do dnia 3 grudnia 2023 r. Włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.*

2) *Żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego. W takim przypadku żądanie zapłaty powinno zostać złożone na następujący adres poczty elektronicznej Gwaranta: e..*

Termin związana ofertą upływał w dniu 1 grudnia 2023 r. (piątek), natomiast termin ważności gwarancji upływał w dniu 3 grudnia 2023 r. (niedziela).

Odwołujący zauważył, że z zastrzeżeń poczynionych przez gwaranta – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. wynika, że gwarant odpowiadał wobec Zamawiającego jako beneficjenta tylko, jeśli maksymalnie do niedzieli 3 grudnia 2023 r. gwarant otrzymał od Zamawiającego oryginał żądania zapłaty, w dodatku podpisany przez osoby uprawnione zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego (czyli domyślnie przez osoby wchodzące w skład zarządu ZUS, jako uprawnione do samodzielnej lub łącznej reprezentacji ZUS).

Odwołujący podsumował, że w teorii i w praktyce podstawy do zatrzymania wadium wobec dowolnego oferenta, w tym również Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcy BLUE BRAIN, mogły się ziścić przez cały okres związania ofertą, czyli do piątku 1 grudnia 2023 r. do końca dnia (do godziny 23.59), co oznacza, że w przypadku zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium Zamawiający musiałby w odniesieniu do Konsorcjum COPY.NET.PL w sobotę 2 grudnia 2023 r. (która jest dniem niepracującym), zaś w odniesieniu do wykonawcy BLUE BRAIN w sobotę 2 grudnia 2023 r. (która jest dniem niepracującym) lub w niedzielę 3 grudnia 2023 r. (która jest dniem niepracującym oraz dniem ustawowo wolnym od pracy), wykonać cały szereg działań, w tym w szczególności:

- 1) zweryfikować czy zgodnie z przepisami ustawy PZP w danym stanie faktycznym zachodzą podstawy do zatrzymania wadium, co zapewne wymagałoby zaangażowania specjalistów (np. radców prawnych / adwokatów),
- 2) podjąć decyzję o zatrzymaniu wadium (co zapewne wymaga kolegialnej decyzji),
- 3) przygotować dokument informujący o zatrzymaniu wadium,
- 4) przygotować żądanie zapłaty adresowane do gwaranta,
- 5) zorganizować podpisy osób uprawnionych do składania oświadczeń w imieniu ZUS,
- 6) doręczyć żądanie zapłaty gwarantowi: fizycznie wraz z poświadczeniem podpisów w imieniu ZUS przez bank obsługujący ZUS lub przez notariusza, lub w formie elektronicznej,
- 7) inne działania, zależnie od okoliczności oraz procedur wewnętrznych Zamawiającego.

Te wszystkie czynności Zamawiający musiałby wykonać w odniesieniu do Konsorcjum COPY.NET.PL w sobotę 2 grudnia 2023 r. (czyli w dzień powszechnie niepracujący), zaś w odniesieniu do wykonawcy BLUE BRAIN w sobotę 2 grudnia 2023 r. (czyli w dzień powszechnie niepracujący) lub w niedzielę 3 grudnia 2023 r. (czyli w dzień powszechnie niepracujący, który jest też dniem ustawowo wolnym od pracy). Odwołujący podkreślił, że sobota oraz niedziela to również dni niepracujące dla organizatora postępowania, czyli Centrali ZUS. Są to również dni, w których nie pracuje nie tylko Centrala ZUS, ale nie pracują również placówki ZUS ani ZUS jako organizacja, o czym Zamawiający powszechnie informuje, na przykład na swojej stronie internetowej. Jeśli Zamawiający złożyłby żądanie zapłaty po terminie ważności tych gwarancji, to żądanie takie byłoby nieskuteczne i ubezpieczyciele nie byłoby zobowiązani wobec Zamawiającego do zapłaty nawet, jeśli przesłanki zatrzymania wadium zmaterializowałyby się w okresie związania ofertą złożoną przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego wynika z tego wniosek, że procedura zgłaszania żądania zapłaty wadium przewidziana w gwarancjach przedłożonych przez Konsorcjum COPY.NET.PL oraz przez wykonawcę BLUE BRAIN przewidująca możliwość złożenia żądania zapłaty w dniach pracujących jedynie w ostatnim dniu związania ofertami złożonymi przez tych wykonawców prowadzi do sytuacji, w której oferty obydwu wykonawców nie są zabezpieczone wadialnie do końca upływu terminu związania ofertą w sposób umożliwiający Zamawiającemu realne zaspokojenie się z gwarancji w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium. Według Odwołującego nie ulega wątpliwości, że dokumenty gwarancyjne nie podlegają procedurze wyjaśnienia ani uzupełnienia, ani nie jest dopuszczalne poprawienie pomyłek w treści gwarancji wadialnej. Dokument gwarancji musi być oceniany jedynie na podstawie jego treści przedłożonej przez wykonawcę zamawiającemu, bez dodatkowych wyjaśnień tego wykonawcy czy gwaranta, o czym wielokrotnie wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2179/16, wyroku z dnia 16 grudnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2640/15 czy w wyroku z dnia 27 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2332/16. Odwołujący podsumował, że ukształtowanie treści gwarancji wadialnej, które faktycznie uniemożliwia Zamawiającemu złożenie gwarantowi żądania zapłaty również po upływie terminu związania ofertą, nie zabezpiecza w należyty sposób oferty wykonawcy i nie spełnia wymagań ustawy PZP w przedmiotowym zakresie. Nawet gdyby do zaistnienia podstaw zatrzymania wadium doszło w terminie związania ofertą, ale żądanie zapłaty zostałoby złożone gwarantowi przez zamawiającego choćby jeden dzień później niż termin zgłaszania roszczeń wskazany w gwarancji – gwarancja wygasłaby, gwarant nie byłby zobowiązany wobec

zamawiającego, gwarant odmówiłby wypłaty zamawiającemu sumy gwarancyjnej, a finalnie wykonawca nie poniósłby żadnych konsekwencji z tytułu doprowadzenia do stanu, w którym ustawa wymaga zatrzymania wniesionego przez niego wadium. Wprowadzenie tych konsekwencji w postaci utraty wadium jest zaś oczywistą intencją ustawodawcy mającą na celu przeciwdziałanie niepożądanym praktykom rynkowym, które często naruszają zasady konkurencji. Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1824/17 Odwołujący wskazał, że niedające się usunąć wątpliwości co do braku pewności w zakresie zabezpieczenia roszczeń zamawiającego wynikających z prawa zatrzymania wadium przesądzają o braku skutecznego zabezpieczenia ofert wadium, a tym samym o nieprawidłowości wniesienia wadium. Odwołujący podkreślił również, że kwestia dopuszczalności ograniczenia terminu na złożenie żądania zapłaty wobec gwaranta bankowego / ubezpieczeniowego na zabezpieczenie ofert w postępowaniach prowadzonych w trybach prawa zamówień publicznych faktycznie do terminu związania ofertą wykonawcy, była już wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Według Odwołującego przeważająca linia orzecnicza nie akceptuje takiego ograniczenia i uznaje tego rodzaju gwarancje wadium za nieprawidłowe, ze skutkiem w postaci odrzucenia ofert dla których wniesiono tego rodzaju wadium i na potwierdzenie swojej tezy powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt V Ga 328/20 oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 952/20, z dnia 3 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2486/20, z dnia 9 września 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2452/21, z dnia 2 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 949/22, z dnia 2 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1292/22 i z dnia 20 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2617/22.

Reasumując zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum COPY.NET.PL w zakresie części nr 2 zamówienia oraz oferta wykonawcy BLUE BRAIN w zakresie części nr 1 zamówienia oraz części 2 zamówienia podlegały odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, ponieważ wykonawcy ci wnieśli wadium na zabezpieczenie swoich ofert w sposób nieprawidłowy.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które zgłosiły Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawca BLUE BRAIN, albowiem były one zgłoszone w ustawowym terminie oraz w wymaganej przepisami prawa formie.

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

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania i uczestników postępowania, a także uwzględniła stanowisko Odwołującego z jego pisma z dnia 27 grudnia 2023 r., stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 grudnia 2023 r. oraz stanowiska uczestników postępowania odwoławczego, tj. stanowisko Konsorcjum COPY.NET.PL prezentowane w jego pismach z dnia 22 i 27 grudnia 2023 r. i 9 stycznia 2024 r., a także stanowisko wykonawcy BLUE BRAIN z jego pisma z dnia 15 grudnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów złożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum ARCUS na posiedzeniu Izby:

- Broszury informacyjnej urządzenia firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i (oznaczonej jako dowód nr 1),
- Podręcznika użytkownika urządzenia firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i (oznaczonego jako dowód nr 9).

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej i dopuszczonych jako dowody w sprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, którym jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego na „*zakup i dostawę 2239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisu i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych*”.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 2.1.2 SWZ przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa 2239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych umożliwiających drukowanie, skanowanie, kopiowanie wraz z 48-miesięczną gwarancją i 44-miesięczną usługą serwisową (wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych z wyłączeniem papieru) w podziale na 4 części zamówienia:

- część nr 1 – 1000 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych mono A4 typ: M2,
- część nr 2 – 1025 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych mono A4 typ: M2,
- część nr 3 – 117 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych mono A3 typ: M3,
- część nr 4 – 97 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych A3 typ: M4.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 5 w Projektowanych Postanowieniach Umowy, które stanowią Załącznik nr 2 do SWZ. Minimalne, gwarantowane ilości pakietów wydruków zostały określone w paragrafie 3 Projektowanych postanowień umowy.

W rozdziale II pkt 2.1.6.1 SWZ Zamawiający przewidział złożenie przez wykonawców środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań przez przedmiot umowy określonych cech, tj.: specyfikację techniczną oferowanego przedmiotu zamówienia dla części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę, w tym stanowiącą Załącznik nr 12A – dla części nr 1 zamówienia i Załącznik nr 12B – dla części nr 2 zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą.

W Załącznikach nr 12A i nr 12B do SWZ w poz. nr 22 Zamawiający wymagał, aby oferowany produkt posiadał m. in. następujący parametr: automatyczny podajnik dokumentów do skanowania (ADF) umożliwiający skanowanie minimum 100 arkuszy papieru formatu A4 i o gramaturze papieru 80g/m².

W formularzu ofertowym (Załączniku nr 1 do SWZ) wykonawcy byli zobowiązani również do podania nazwy producenta urządzenia oraz jego modelu.

Konsorcjum COPY.NET.PL w swojej ofercie zaproponowało Zamawiającemu dostawę:

- w ramach części nr 1 zamówienia – 1000 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych mono A4, typ: M2, wyprodukowanych przez firmę KONICA MINOLTA, model Bizhub 4750i, za kwotę 16 677 827 zł 07 gr brutto
- w ramach części nr 2 zamówienia – 1025 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych mono A4, typ: M2, wyprodukowanych przez firmę KONICA MINOLTA, model Bizhub 4750i, za kwotę 19 095 861 zł 19 gr brutto.

Jednocześnie w poz. nr 22 Załączników nr 12A i nr 12B do SWZ, stanowiących załącznik do złożonej oferty, Konsorcjum COPY.NET.PL oświadczyło, że w zakresie wymaganego parametru „automatyczny podajnik dokumentów do skanowania (ADF) (minimum)” oferuje produkt umożliwiający skanowanie „100 arkuszy A4 w gramaturze 80g/m²”.

W dniu 22 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Konsorcjum COPY.NET.PL do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie części nr 1 i nr 2 zamówienia. Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie w zakresie części nr 1 i części nr 2 zamówienia Konsorcjum COPY.NET.PL zaproponowało urządzenie producenta KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i. Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert powziął informację, że oferowane przez Konsorcjum urządzenia nie spełniają wymagań zawartych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia w zakresie „Podajnik dokumentów do skanowania: 100 arkuszy A4, 80 g/m²” oraz „Możliwość skanowania do WSD (WIA) (network)”. W związku z tym Zamawiający zażądał potwierdzenia i wykazania, że zaoferowane przez Konsorcjum modele urządzenia zostały wskazane prawidłowo i spełniają wymagania zawarte przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W dniu 5 września 2023 r. KONSORCJUM COPY.NET.PL odpowiadając na wezwanie Zamawiającego potwierdziło, że urządzenie firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i spełnia wymaganie wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia dla części nr 1 i nr 2 zamówienia „Podajnik dokumentów do skanowania: 100 arkuszy A4, 80 g/m²”, a także że urządzenia firmy KONICA MINOLTA: model Bizhub 4750i, model: Bizhub 450i, model: Bizhub C250i spełniają wymaganie wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia dla Części nr 1 – 4 zamówienia „Możliwość skanowania do WSD (WIA) (network)”. Na dowód tego Konsorcjum przedstawiło oświadczenie producenta stanowiące Załącznik nr 1 do jego wyjaśnień wraz z tłumaczeniem na język polski, a także wyciąg ze specyfikacji technicznej dla modeli urządzeń Bizhub 650i/550i/450i, Bizhub 4750i/4050i i Bizhub C360i/C300i/C250i wraz z tłumaczeniem fragmentów na język polski. Konsorcjum zwróciło też uwagę na to, że informacje dostępne na stronach internetowych firmy KONICA MINOLTA są informacjami poglądowymi, wskazującymi na standardowe parametry danego urządzenia w podstawowej konfiguracji. W

związku z tym, w ocenie Konsorcjum Zamawiający nie powinien w oparciu o nie dokonywać badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że informacje handlowe podane na stronach wykonawców mogą być nieaktualne, błędne, czy nieprawidłowo odczytane. Na potwierdzenie swojego stanowiska Konsorcjum przywołało wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2407/18.

W rozdziale 3 Zamawiający określił wysokość i zasady wniesienia wadium. Zgodnie z pkt 3.1 wykonawca składający ofertę jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości 376 000 zł 00 gr (dla części nr 1 zamówienia) i 391 000 zł 00 gr (dla części nr 2 zamówienia). W myśl pkt 3.2 wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach: pieniądzu, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych lub poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b pomoc finansowa udzielana przez Agencję ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W pkt 3.3 rozdziału 3 SWZ Zamawiający uregulował termin i sposób wniesienia wadium:

„3.3.1. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert określonego w pkt 6.2. SWZ i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy.

3.3.2. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na następujący rachunek bankowy Zamawiającego:

PKO BP S.A. nr rachunku 81 1020 5590 0000 0602 9000 7017

Zaleca się dołączenie do oferty dokumentu potwierdzającego dokonanie przelewu lub jego kopii.

3.3.3. Zaleca się, aby na przelewie umieścić informację: wadium w postępowaniu na: „Zakup i dostawa 2 239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisu i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych dla części” znak postępowania: 993200.271.28.2023.

3.3.4. Wadium wnoszone w pieniądzu winno znaleźć się na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert (tj. przed upływem dnia i godziny wyznaczonej jako ostateczny termin składania ofert).

3.3.5. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 3.2.2, 3.2.3 i 3.2.4 SWZ, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

3.3.6. Z dokumentu wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub poręczenia powinno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie Zamawiającego, zawierające oświadczenie, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, stanowiące podstawę do żądania wypłaty należności. Wadium takie powinno obejmować cały okres związania ofertą, poczynając od daty składania ofert.

3.3.7. W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z dokumentu wadium powinno wynikać jednoznacznie, że zobowiązanie gwaranta obejmuje wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz obejmuje wszystkie wskazane w ustawie przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, wynikające z działania lub zaniechania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

3.3.8. Niewniesienie wadium, wniesienie w sposób nieprawidłowy, nieutrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w pkt 3.4.2.3 SWZ, skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy.

3.3.9. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”.

Zgodnie z pkt 6.3.1 SWZ wykonawca jest związany ofertą przez okres 120 dni od terminu składania ofert. Bieg terminu związania ofertą upływa z dniem 14 listopada 2023 r. Następnie w dniu 19 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ, gdzie w związku ze zmianą terminu składania i otwarcia ofert na dzień 4 sierpnia 2023 r. poinformował, że bieg terminu związania ofertą upływa z dniem 1 grudnia 2023 r.

Wykonawca BLUE BRAIN wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 3 sierpnia 2023 r., ważnej do dnia 3 grudnia 2023 r., którą wystawiło Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. Natomiast Konsorcjum COPY.NET.PL wniósło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 3 sierpnia 2023 r., ważnej do dnia 2 grudnia 2023 r., wystawionej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

Następnie w dniu 28 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 1 i nr 2 zamówienia. W obydwu częściach za najlepszą została uznana oferta konsorcjum firm składających się z wykonawcy

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P.S. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Wykonawca ten w części nr 1 zamówienia złożył ofertę opiewającą na kwotę 16 677 827 zł 07 gr brutto, natomiast w części nr 2 zamówienia na kwotę 19 095 861 zł 19 gr, co pozwoliło mu na uzyskanie po 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w dniu 20 grudnia 2023 r. zarzutów odwołania w całości, przy jednoczesnym wniesieniu sprzeciwów przez obu zainteresowanych rozpoznaniem odwołania wykonawców, tj. przez Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcę BLUE BRAIN, Krajowa Izba Odwoławcza mogła rozpoznać merytoryczni przedmiotowe odwołanie. Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 stycznia 2024 r. oraz po zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami wykonawców Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie wniesione odwołanie i uznała, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Konsorcjum ARCUS zarzuciło Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP – który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP – zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie wniesione przez Konsorcjum ARCUS uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności badania i oceny oferty Konsorcjum COPY.NET.PL złożonej w ramach części nr 1 i nr 2 zamówienia pod kątem jej zgodności z warunkami zamówienia. O ile przy tożsamej rodzajowo niezgodności oferty innego z wykonawców (BLUE BRAIN), której dotyczyła druga połączona sprawa prowadzona pod sygn. akt KIC 3692/23, Zamawiający poprawnie stwierdził, iż zaoferowany przez wykonawcę produkt nie posiada parametru pojemności podajnika ADF umożliwiającego skanowanie co najmniej 100 arkuszy papieru, to w niniejszej sprawie dopiero w wyniku wniesienia odwołania Zamawiający dopatrzył się takiej samej niezgodności w ofercie Konsorcjum COPY.NET.PL.

Przypominając regulację ustawową poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy PZP, należy rozumieć 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. Przykładem niezgodności oferty z warunkami zamówienia jest m. in. zaoferowanie zamawiającemu przedmiotu, który posiada inne funkcjonalności lub parametry niż te wymagane przez zamawiającego. Do takiej właśnie sytuacji odnosi się niniejsza sprawa, albowiem Konsorcjum COPY.NET.PL zaoferowało Zamawiającemu w ramach obydwu części zamówienia urządzenie wielofunkcyjne firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i, które posiada parametr pojemności podajnika ADF umożliwiający jedynie skanowanie do 80 arkuszy papieru, podczas gdy Zamawiający w poz. nr 22 Załączników nr 12A i 12B do SWZ w sposób wyraźny oczekiwał dostarczenia mu urządzeń wielofunkcyjnych o parametrze pojemności podajnika ADF, który umożliwia skanowanie co najmniej 100 arkuszy papieru, o formacie A4 i o gramaturze papieru 80g/m².

Rzeczywista pojemność podajnika ADF zaoferowanego urządzenia wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci Broszury informacyjnej urządzenia firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i i podręcznika użytkownika tego urządzenia. Z dokumentów tych w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynika, że w podajniku ADF urządzenia wielofunkcyjnego firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i można umieścić tylko do 80 arkuszy papieru z zachowaniem prawidłowości działania samego urządzenia. Za odpowiadającą doświadczeniu życiowemu i tym samym niewymagającą dowodów Izba uznała okoliczność, że przekroczenie określonej przez producenta w specyfikacji technicznej pojemności podajnika ADF poprzez załadowanie do pojemnika większej liczby kartek papieru może doprowadzić do zacięcia się papieru w urządzeniu podczas skanowania, uszkodzenia lub nawet zniszczenia skanowanych dokumentów, a także awarii całego urządzenia. Zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum COPY.NET.PL wykazali się bardzo dużą inicjatywą dowodową w tym postępowaniu odwoławczym, jednakże większość z wniosków dowodowych, których dopuszczenia domagali się ci wykonawcy, była w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nieprzydatna dla dokonania właściwej oceny zasadności zarzutu nr 1 odwołania. Przeprowadzenie żądanych przez Konsorcjum COPY.NET.PL dowodów ze zdjęć z testów urządzenia firmy KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i, aktów dokumentujących czynności notarialne czy też filmu instruktażowego, do którego odnosi się skrócona instrukcja obsługi

dla urządzenia wielofunkcyjnego zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego, nie mogło doprowadzić do zmiany treści w sposób jasny i jednoznaczny sformułowanej specyfikacji technicznej tego urządzenia zawartej w jego broszurze informacyjnej i podręczniku użytkownika. Z kolei złożony Zamawiającemu w załączeniu do wyjaśnień z dnia 5 września 2023 r. dowód w postaci oświadczenia producenta z dnia 28 sierpnia 2023 r., w którym Dyrektor Generalny firmy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS EUROPE GMBH oświadczył, że *„poniższa informacja dostępna na stronie internetowej firmy Konica Minolta: Automatyczny podajnik dokumentów Do 80 Arkuszy; A6-A4; 50-128 g/m²; Podwójny podajnik dokumentów (ADF) opisuje tylko średnią wartość dla określonego zakresu gramatur papieru”*, może stanowi dowód co najwyżej tego, że osoba, której podpis widnieje pod tym dokumentem, złożyła oświadczenie zawarte w jego treści. W żadnym wypadku oświadczenia tego nie można uznać za wiarygodny dowód podważający treść złożonych przez Odwołującego dokumentów zawierających dane techniczne urządzenia wielofunkcyjnego, które jest powszechnie dostępne w obrocie handlowym. Skoro w treści broszury informacyjnej i podręcznika użytkownika urządzenia producenta KONICA MINOLTA model Bizhub 4750i w zakresie podajnika ADF ujęte są określenia w rodzaju „do 80 oryginałów”, „maks. 80 arkuszy”, to oznacza to, że podana wartość „80” jest największą liczbą kartek papieru, którą można umieścić w podajniku ADF urządzenia przy zachowaniu jego prawidłowego funkcjonowania. Twierdzenia na temat uśrednionej wartości tego parametru nie znajdują w ogóle odzwierciedlenia w treści specyfikacji technicznej zaoferowanego urządzenia.

Także inne dowody wnioskowane przez Odwołującego i Konsorcjum COPY.NET.PL, jak np. dokumentacja dotycząca modeli urządzenia dedykowanych na inne rynki geograficzne, zdjęcie tabliczki znamionowej, deklaracja zgodności, czy opinie prywatnych ekspertów powstałe na zlecenie Odwołującego, nie mogły zostać uznane przez Izbę za wartościowe dowody w tej sprawie, gdyż albo nie dotyczyły w ogóle tego konkretnego zaoferowanego modelu urządzenia, którego niezgodność z SWZ została zarzucona w odwołaniu, albo odnosiły się do okoliczności pozbawionych znaczenia i doniosłości dla rozstrzygnięcia tej sprawy, które w zasadzie stanowiły tylko rozszerzone ujęcie stanu faktycznego nakreślonego odwołaniem. Natomiast dowód w postaci opinii prywatnego eksperta wraz z jej uzupełnieniem (podobnie jak samo oświadczenie producenta) może zostać uznany jedynie za dokument prywatny, który stwierdza tylko to, że osoba, której podpis widnieje pod treścią dokumentu, złożyła oświadczenie zawarte w jego treści. Co do zasady również opinie prywatne należy pochylić jako fachowe rozszerzenie uzasadnienia stanowiska wykonawcy prezentowanego w jego pismach i oświadczeniach składanych na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP był zasadny.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w odniesieniu do podnoszonej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej nieprawidłowości gwarancji wadialnych wniesionych przez Konsorcjum COPY.NET.PL i wykonawcę BLUE BRAIN należy stwierdzić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy PZP nie ma podstaw do twierdzenia, że wykonawcy mają obowiązek utrzymywać wadium dłużej, aniżeli do dnia upływu terminu związania ofertą. Zgodnie bowiem z regulacją art. 97 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Jedyne ustawowe przypadki stanowiące wyjątki od zasady utrzymywania wadium w sposób nieprzerwany do dnia upływu terminu związania ofertą to zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia), a także unormowane w art. 98 ust. 2 ustawy PZP 4 sytuacje zwrotu wadium na rzecz wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, 2) którego oferta została odrzucona, 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Ustawodawca zatem wyraźnie określił, że okres wniesienia wadium, jako formy zabezpieczenia ciężącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, jest skorelowany z okresem związania ofertą i nie może być od niego krótszy. Oznacza to, że wykonawcy mają obowiązek utrzymywać wadium do dnia upływu terminu związania ofertą, natomiast żaden przepis prawa nie wymaga od nich wniesienia wadium na dłuższy termin. Niemniej nic też nie stoi na przeszkodzie, aby treść gwarancji wadialnej przewidywała dłuższy czas jej obowiązywania niż termin związania ofertą, ale instytucje zamawiające nie mają podstaw do wyciągania od wykonawców żadnych negatywnych konsekwencji w postępowaniu (w tym przede wszystkim odrzucenia oferty ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium), jeśli terminy ważności wniesionych przez nich gwarancji wadialnych są nie dłuższe niż termin związania ofertą. Wbrew stanowisku Odwołującego należy stwierdzić, że gwarancja wadialna przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wadium wyłącznie w terminie jego ważności, który jest tożsamy z terminem związania

ofertą, jest prawidłowa i nie może prowadzić do odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

W przedmiotowym postępowaniu po zmianie treści SWZ dokonanej w dniu 19 lipca 2023 r. termin związania ofertą upływał w dniu 1 grudnia 2023 r. Zarówno Konsorcjum COPY.NET.PL, jak i wykonawca BLUE BRAIN wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Na rzecz pierwszego z wykonawców gwarancję wystawiło Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., która była ważna do dnia 2 grudnia 2023 r., natomiast na rzecz drugiego z wykonawców gwarancja została wystawiona przez Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. z terminem ważności do dnia 3 grudnia 2023 r. Zatem oba wadia przewidywały dłuższy termin na zgłoszenie roszczeń przez Zamawiającego aniżeli ten wynikający z art. 97 ust. 5 ustawy PZP, wobec czego trzeba uznać, że zostały one wniesione w sposób prawidłowy.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty nr 2 i nr 3 odwołania wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP były bezzasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 4 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z racji tego, że w odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum COPY.NET.PL Odwołujący wygrał postępowanie odwoławcze w 50% przysługuje mu od tego Konsorcjum zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 4 400 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta złotych zero groszy), natomiast z uwagi na to, że jedyny zarzut odwołania skierowany przeciwko ofercie wykonawcy BLUE BRAIN został przez Izbę oddalony Odwołujący powinien zwrócić temu wykonawcy koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....