

Sygn. akt: KIO 1471/23

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. przez wykonawcę **P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N.P., ul. Waryńskiego 53a, 27400 Ostrowiec Świętokrzyski** w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki**

orzeka:

**1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego:**

**a) naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawców, którzy – wbrew wyraźnemu przepisowi ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) – nie ustanowili pełnomocnika upoważnionego co najmniej do reprezentacji Wykonawców w postępowaniu, z uwagi na jego wycofanie.**

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Gmina Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia: AT Computers S.C. J.M., B.M., ul. Kostrzewskiego 16, 62-010 Pobiedziska, czynności z 19.05.2023 r., jak również nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w Części 1 zamówienia, w ramach którego nakazuje Zamawiającemu: Gminie Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki odrzucenie w Części 1 zamówienia oferty: AT Computers S.C. J.M., B.M., ul. Kostrzewskiego 16, 62-010 Pobiedziska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) w związku z treścią Rozdziału III SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. – „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” wiersza 4 zd. 3 tabeli oraz art. 99 ust. 1 i art. 16 pkt 1) i pkt 2) Pzp ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania.

3. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki** i:

3.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N.P., ul. Waryńskiego 53a, 27400 Ostrowiec Świętokrzyski** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od **Gminy Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki** na rzecz **P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N.P., ul. Waryńskiego 53a, 27400 Ostrowiec Świętokrzyski** kwotę **11 399 zł 20 gr** (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 1471/23

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt grantowy „Cyfrowa Gmina”, Część nr 1 – Dostawa zestawów komputerowych, laptopów, serwera wraz z oprogramowaniem”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.04.2023 r. pod nr 2023/BZP 00179355/01 przez: Gmina Radomyśl Wielki, Rynek 32, 39310 Radomyśl Wielki dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „Pzp”.

W dniu 19.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1 zamówienia – J.M. i B.M., prowadzących działalność w formie spółki cywilnej pod firmą AT Computers S.C. J.M., B.M., ul. Kostrzewskiego 16, 62-

010 Pobiedziska zwana dalej: „AT Computers S.C. J.M., B.M.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma P.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.P., ul. Waryńskiego 53a, 27400 Ostrowiec Świętokrzyski zwana dalej: „N.P.” albo „Odwołującym”.

Dnia 24.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 19.05.2023 r. dotyczącej Części 1 zamówienia złożył N.P.. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący stwierdził, że wnosi **odwołanie** od:

1. **zaniechania** przez Zamawiającego - Gminy Radomyśl Wielki (dalej: Zamawiający) czynności **odrzużenia oferty Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - J.M. i B.M., prowadzących działalność w formie spółki cywilnej pod firmą „AT COMPUTERS s.c. J.M. B.M.” z głównym miejscem wykonywania działalności w msc. Pobiedziska (dalej: Wykonawcy) w **Części 1 zamówienia**, w sytuacji gdy oferta Wykonawców jest **niezgodna z warunkami zamówienia**, tj. zaoferowany przez Wykonawców zasilacz awaryjny 800W-1000W marki CYBERPOWER w modelu VP1600ELCD-FR pozostaje w sprzeczności z wymogami Zamawiającego opisanymi w Rozdziale III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. - „Zasilacz awaryjny 800W - 1000W” wierszu 4 zd. 3 tabeli dot. **braku posiadania przez zasilacz awaryjny wyświetlacza LCD**,

2. czynności Zamawiającego polegającej na **wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców w Części 1 zamówienia**, w sytuacji gdy oferta Wykonawców powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto, z daleko posuniętej ostrożności, tj. na wypadek uznania przez Izbę orzekającą, że oferta Wykonawców nie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia:

3. **zaniechania** przez Zamawiającego czynności wezwania Wykonawców do **przedstawienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu** ustanawiającego pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w Części 1 zamówienia albo do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Części 1 zamówienia.

Zaskarżonym zaniechaniom i czynności **zarzucam naruszenie**:

1. **art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) w zw. z treścią Rozdziału III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. - „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” wiersza 4 zd. 3 tabeli oraz art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt. 2) Pzp** poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzużenia oferty Wykonawców w sytuacji gdy zasilacz awaryjny marki CYBERPOWER w modelu VP1600ELCD-FR zaoferowany przez Wykonawców **posiada wyświetlacz LCD**, a Zamawiający w wierszu 4 zd. 3 tabeli opisującej zasilacz awaryjny 800W-1000W wyraźnie zaznaczył, że wymaga zasilacza awaryjnego **bez wyświetlacza LCD** - „*Sygnalizacja stanu pracy zasilacza - sygnały wizualne (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD) i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego*” (**zarzut pierwotny**).

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

2. **art. 239 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z treścią Rozdziału III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. - „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” wiersza 4 zd. 3 tabeli oraz art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt. 2) Pzp** poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawców jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Wykonawców powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut wynikowy),

a nadto, z daleko posuniętej ostrożności tj. na wypadek uznania przez Izbę orzekającą, że oferta Wykonawców nie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia:

3. **art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 2 Pzp** poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawców, którzy - wbrew wyraźnemu przepisowi Pzp - nie ustanowili pełnomocnika upoważnionego co najmniej do reprezentacji Wykonawców w postępowaniu (**zarzut ewentualny**).

Wobec powyższego wnoszę o **uwzględnienie odwołania** i:

1. nakazanie Zamawiającemu **unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawców w Części 1 zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej** wraz z

2. nakazaniem Zamawiającemu **odrzużenia oferty Wykonawców w Części 1 zamówienia**, jako niezgodnej z warunkami zamówienia *ewentualnie*:

3. nakazaniem Zamawiającemu **wezwania Wykonawców** do przedstawienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu ustanawiającego pełnomocnika upoważnionego co najmniej do reprezentacji Wykonawców w postępowaniu a w konsekwencji

4. nakazanie Zamawiającemu **powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**, w każdym przypadku;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego **kosztów postępowania**

**odwoławczego**, zgodnie z rozliczeniem i dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

**Zarzut niezgodności treści oferty Wykonawców z warunkami zamówienia - zarzut pierwotny [wymogi OPZ]**

Zgodnie z treścią pkt. IV ust. 1 zd. 2 Rozdziału I SWZ - „Instrukcja dla Wykonawców”, szczegółowy wykaz sprzętu

objętego zamówieniem został opisany w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Rozdział III do SWZ obejmujący minimalne parametry techniczne urządzeń i oprogramowania.

Zgodnie z treścią pkt. 1.5.2. wiersza 4 zd. 3 tabeli opisującej minimalne parametry techniczne zasilacza awaryjnego 800W-1000W, Zamawiający wymagał, by stan pracy zasilacza był sygnalizowany wyłącznie przez sygnały wizualne, tj. jedynie diody LED. Zamawiający zaznaczył przy tym, by zasilacz awaryjny nie posiadał wyświetlacza LCD „*Sygnalizacja stanu pracy zasilacza - sygnały wizualne (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD [podkr. własne, A.S.] i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmy dźwiękowego*”.

#### [treść oferty]

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do Formularz ofertowego Wykonawcy zaferowali - jako zasilacz awaryjny 800W-1000W spełniający wymogi opisane w Rozdziale III SWZ - wyświetlacz mark **CYBERPOWER w modelu VP1600ELCD-FR**. Zgodnie z instrukcją obsługi zasilacza awaryjnego zaferowanego przez Wykonawców, zasilacz ten **posiada wyświetlacz LCD**.

Oferta Wykonawców jest tym samym **w sposób oczywisty sprzeczna z warunkami zamówienia** opisanymi w Rozdziale III SWZ pkt. 1.5.2. wierszu 4 zd. 3 tabeli - „Opis przedmiotu zamówienia” i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

#### [stanowisko Zamawiającego]

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w pkt. V protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 18.05.2023 r. - „Oferta nr 6 złożona przez AT Computers s.c. J.M. B.M.”, zasilacz awaryjny zaferowany przez Wykonawców jest zgodny z warunkami zamówienia, bowiem:

- 1)Zaferowany zasilacz model CYBERPOWER VP1600ELCD-FR wyposażony ~~jest~~ wyświetlacz LCD z możliwością wyłączenia przy zachowaniu pozostałych parametrów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
- 2)Zaferowany zasilacz posiada konfigurowalną możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD przy jednoczesnej sygnalizacji stanu pracy za pomocą diody LED. W czasie gdy zasilanie sieciowe jest normalne, a gniazda zasilające UPS zapewniają zasilanie, świeci jedynie dioda LED. W normalnym trybie (przy zasilaniu sieciowym) wyświetlacz LCD pozostaje włączony.
- 3)Zamawiający uznał, że skoro wyświetlacz LED można wyłączyć / wygasić, aby nie podświetlał tablicy non stop, mieści się w założeniach, którymi kierował się Zamawiający przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Intencją Zamawiającego było, aby wyświetlacz nie świecił się cały czas, stąd zapis w SWZ „ bez wyświetlacza LCD”.

Zamawiający wskazał przy tym, że *W przypadku zasilaczy awaryjnych (UPS) Zamawiający potrzebuje jedynie podstawowej informacji o stanie pracy zasilacza - potwierdzenia obecności napięcia w sieci energetycznej zasilającej urządzenia chronione przez zasilacze awaryjne bez ciągłego wyświetlania innych informacji na obudowie zasilacza. Informacje dostępne na wyświetlaczu [LCD - przyp. własny, A.S.] (m.in. rodzaj działania, stan zasilania, stan baterii, stan obciążenia) możliwe są do pozyskania przez odpowiednie oprogramowanie udostępnione przez producenta zasilaczy. Wg wiedzy Zamawiającego w momencie sporządzania opisu parametrów charakteryzujących potrzebne zasilacze, jedynym sposobem osiągnięcia tego celu był brak wyświetlacza LCD. Zamawiający oparł opis parametrów na podstawie informacji o braku możliwości wyłączenia tegoż wyświetlacza w znanych Zamawiającemu modelach UPS dostępnych na rynku.*

Stanowisko Zamawiającego pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami: przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Dopuszczenie zasilacza awaryjnego wyposażonego w wyświetlacz LCD, nawet jeśli wyświetlacz ten posiada opcję wyłączenia lub wygaszenia, stanowi bowiem faktycznie **zmianę opisu przedmiotu zamówienia na etapie badania ofert**.

Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie braku wyposażenia zasilacza awaryjnego w wyświetlacz LCD („bez wyświetlacza LCD”) jest jasne i jako takie nie mogło budzić wątpliwości po stronie Wykonawców. W szczególności dla identyfikacji treści zobowiązania Wykonawców w zakresie posiadania lub nieposiadania przez zasilacz awaryjny wyświetlacza LCD wystarczająca jest wyłącznie wykładnia językowa. W konsekwencji, nawet jeśli wyłączną intencją Zamawiającego było aby „wyświetlacz nie świecił się cały czas”, to **wiążące** zarówno dla Zamawiającego jak i Wykonawców pozostają wymogi wprost wskazane w Rozdziale III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”. Bez znaczenia pozostaje przy tym, że zastrzeżenie braku wyposażenia zasilacza awaryjnego w wyświetlacz LCD wynikało z przekonania Zamawiającego o braku możliwości wyłączenia lub wygaszenia wyświetlacza LCD, które to przekonanie posiadał Zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający musiał mieć świadomość dynamiki rozwoju branży IT, w szczególności w zakresie rozwiązań oferowanych przez producentów. Zamawiający mógł tym samym dopuścić - alternatywnie - zasilacz awaryjny bez wyświetlacza LCD lub zasilacz awaryjny wyposażony w wyświetlacz LCD z opcją wyłączenia lub wygaszania. Podobne zastrzeżenie Zamawiający poczynił w przypadku sygnalizacji stanu pracy zasilacza sygnałami dźwiękowymi, przewidując wprost możliwość wyłączenia alarmu dźwiękowego. Niezależnie od powyższego zauważył, że zgodnie z treścią instrukcji obsługi modelu zasilacza awaryjnego zaferowanego przez Wykonawców, wyłączenie lub wygaszenie zasilacza LCD

pracującego w trybie baterii **nie jest możliwe** - „w trybie baterii ekran LCD będzie zawsze włączony”.

### **Zarzut nieprawidłowości wyboru oferty Wykonawców jako najkorzystniejszej - zarzut wynikowy**

Zarzut nieprawidłowego wyboru oferty Wykonawców jako najkorzystniejszej jest zarzutem wynikowym, stanowiąc konsekwencję zaniechania Zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty Wykonawców z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, odrzucając ofertę Wykonawców, to nie naruszyłby przepisów postępowania dot. wyboru oferty najkorzystniejszej.

### **Zarzut braku wezwania Wykonawców do przedstawienia pełnomocnictwa - zarzut ewentualny**

Niezależnie od zarzutów wskazanych powyżej, Odwołujący - z daleko posuniętej ostrożności, tj. w przypadku uznania przez Izbę orzekającą, że oferta Wykonawców nie podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia - zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 2 Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawców do przedstawienia dokumentu pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego ustanowienie pełnomocnika do (co najmniej) reprezentowania Wykonawców w postępowaniu w Części 1 zamówienia.

Wykonawcy J.M. i B.M. przystąpili do postępowania w formie **spółki cywilnej**.

Zgodnie z art. 860 § 1 Kodeksu cywilnego, przez umowę spółki [cywilnej - przyp. własny, A.S.] wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Spółka cywilna - inaczej niż spółki kapitałowe - nie posiada osobowości prawnej i - inaczej niż spółki osobowe prawa handlowego - nie posiada podmiotowości prawnej. Stroną czynności prawnych podejmowanych w ramach działalności prowadzonej w formie spółki cywilnej są więc każdorazowo wszyscy wspólnicy spółki cywilnej. Stąd, ofertę w postępowaniu w Część 1 zamówienia złożyli faktycznie **wspólnicy spółki cywilnej**, tj. J.M. i B.M., będący **wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia**. Zgodnie z art. 58 ust. 2 Pzp Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa ustanawiającego pełnomocnika do (co najmniej) reprezentowania Wykonawców w postępowaniu. Wymóg ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przewidziany w art. 58 ust. 2 Pzp jest bowiem wymogiem bezwzględny, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika nawet jeśli w całym postępowaniu zamierzają działać osobiście (łącznie).

Zgodnie z protokołem postępowania przekazany odwołującemu, oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zawierała pełnomocnictwa ani innego dokumentu, z którego wynikałoby ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu w Części 1 zamówienia.

Brak pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 58 ust. 2 Pzp **obligował** Zamawiającego do wezwania Wykonawców do złożenia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu w Części 1. Zamawiający - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie wezwał jednak Wykonawców do złożenia brakującego dokumentu pełnomocnictwa lub innego właściwego dokumentu. Brak wezwania stanowi natomiast **naruszenie przepisów procedury mające istotny wpływ na wynik postępowania**. Należy bowiem zaznaczyć, że w przypadku wezwania Wykonawców do przedłożenia wymaganego dokumentu, Wykonawcy mogli nie sprostać wezwaniu Zamawiającego, co skutkowałoby odrzuceniem oferty Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c. Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, nawet w przypadku uznania, że oferta Wykonawców nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia), Zamawiający jest zobowiązany do „sanowania” błędu proceduralnego poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 zamówienia i następcze wezwanie Wykonawców do przedłożenia pełnomocnictwa lub innego dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 25.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 05.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający odnośnie odwołania wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach którego wnosił o odrzucenie odwołania lub ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Odnośnie odrzucenia odwołania.

Zamawiający nie otrzymał kopii odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 p.z.p. Odwołanie Wykonawcy N.P. nie zostało przesłane w sposób przewidziany w specyfikacji warunków zamówienia. Z „Historii korespondencji z wykonawcą” z platformy zakupowej Open Nexus, która zawiera treść całej korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Wykonawcą N.P. wynika, że kopia odwołania nie została przekazana przez Wykonawcę. Ustawodawca w art. 61 p.z.p. jednoznacznie wskazał, że komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający na podstawie art. 281 ust. 1 pkt 8 p.z.p. umieszcza w specyfikacji warunków zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający

będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzenia, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Obowiązki te nie są związane jedynie z SWZ, ponieważ na podstawie art. 67 p.z.p. tego rodzaju informacje należy umieścić w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie. Uszczegółowienie powyższych zasad znajduje się w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych, oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Zamawiający zgodnie z przepisami określił w dziale XIII Instrukcji dla Wykonawców sposób komunikacji Wykonawców z Zamawiającym. Zgodnie z SWZ komunikacja między Wykonawcami, a Zamawiającym odbywa się wyłącznie za pośrednictwem platformy zakupowej.pl dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/radomyslwielki>. Zamawiający nie dopuścił komunikacji drogą mailową. Wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaakceptował warunki SWZ czyli zaakceptował sposób porozumiewania się (tj. przesyłania 3 wszelkich dokumentów) za pośrednictwem platformy zakupowej. Zamawiający wskazał w SWZ „*aby komunikacja z Wykonawcami odbywała się tylko na platformie zakupowej za pośrednictwem formularza „Wyślij wiadomość do zamawiającego”, nie za pośrednictwem adresu email*” (dział XIII ust.13 pkt 6 Instrukcji dla Wykonawców). Wynika z tego, że w szczególności na podstawie art. 61 zamawiający ma obowiązek narzucenia sposobu komunikowania się z wykonawcami i nie powinien tych sposobów zmieniać w trakcie postępowania. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na adres mailowy Urzędu Gminy, czyli niezgodnie z zapisami SWZ, w związku z tym, przekazanie odwołania nie nastąpiło zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp przed terminem na jego wniesienie, a Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed tym terminem. Wg Zamawiającego odwołanie z tej przyczyny podlega odrzuceniu. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) w postanowieniu z dnia 24.06.2020 r. sygn. akt. 829/20 wskazała, że „*obowiązkiem odwołującego było dochowanie przyjętego przez Zamawiającego sposobu komunikacji. Odwołujący temu obowiązkowi uchybił [...] to obowiązkiem wykonawcy jest dołożenie należytej staranności i podjęcie niezbędnych działań do skutecznego przekazania odwołania Zamawiającemu w sposób wynikający z zapisów SWZ.*” Podobnie Izba orzekła w postanowieniu z dnia 18.10.2021 r. sygn. akt. KIO 2863/21: „*jak słusznie poniósł Zamawiający, ..., wskazanym środkiem komunikacji była platforma zakupowa*”. Przekazanie odwołania zamawiającemu jest czynnością techniczną, konieczną do dopełnienia formalnej skuteczności jego wniesienia do Prezesa KIO, która według Zamawiającego nie została dokonana. W związku z powyższym zasadne jest żądanie odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy p.z.p.

Odnośnie oddalenia odwołania odnosząc się do podniesionych przez Odwołującego zarzutów:

Ad 1. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy AT Computers s.c. J.M., B.M. z siedzibą: ul. Kostrzewskiego 16, 62-010 Pobiedziska w Części nr 1 zamówienia, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. zaoferowany przez Wykonawcę zasilacz awaryjny 800W-100W marki CYBERPAWERw modelu VP1600ELCD-FR pozostaje w sprzeczności z wymogami Zamawiającego opisanymi w Rozdziale III SWZ- „Opis przedmiotu zamówienia” pkt I.5.2.- „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” w wierszu 4 zd. 3 tabeli dot. braku posiadania przez zasilacz awaryjny wyświetlacza LCD, Zamawiający podnosił co następuje:

Wykonawca AT Computers s.c. J.M., B.M.w załączniku nr 1 do formularza ofertowego w pkt. I.5.2 oświadczył, że zaoferowany zasilacz awaryjny 800W-100W marki CYBERPAWER w modelu VP1600ELCD-FR spełnia parametry określone w SWZ poprzez sformułowanie „TAK”. Zamawiający wezwał pismem z 12.05.2023 r. Wykonawcę do wyjaśnienia jakie sygnały 4 wizualne posiada zaoferowany zasilacz. W odpowiedzi z 17.05.2023 r. Wykonawca wyjaśnił, „*że zaoferowany zasilacz posiada wokół przycisku włączania/wyłączania wbudowaną diodę LED, która informuje o zasilaniu urządzenia. Dodatkowo zasilacz jest wyposażony w panel LCD, który zawiera bardziej szczegółowe informacje o stanie zasilania urządzenia oraz baterii*”. Do wyjaśnień załączył kartę katalogową urządzenia wraz z tłumaczeniem. Zamawiający stwierdził, zgodnie z instrukcją obsługi urządzenia, że zaoferowany zasilacz model CYBERPOWER VP1600ELCD-FR wyposażony jest w wyświetlacz LCD z możliwością wyłączenia przy zachowaniu pozostałych parametrów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zaoferowany zasilacz posiada konfigurowalną możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD przy jednoczesnej sygnalizacji stanu pracy za pomocą diody LED. W czasie gdy zasilanie sieciowe jest normalne, a gniazda zasilające UPS zapewniają zasilanie, świeci jedynie dioda LED. W normalnym trybie (przy zasilaniu sieciowym) wyświetlacz LCD pozostaje wyłączony. Sygnał wizualny w postaci diody LED spełnia minimalne wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia „Sygnalizacja stanu pracy zasilacza – sygnały wizualne (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD) i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego”. Zamawiający uznał, że skoro wyświetlacz LCD można wyłączyć/wygasić, aby nie podświetlał tablicy „non stop”, mieści się w założeniach, którymi kierował się Zamawiający przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie opisu przedmiotu zamówienia nie miał wiedzy, że na rynku dostępne są zasilacze wyposażone w wyświetlacz LCD z możliwością jego wyłączenia. Zamawiający zwrócił się do jednego z wiodących na polskim rynku producenta systemów zasilających z zapytaniem o możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD w tzw. normalnym trybie pracy ewentualnie taką jego konfigurację żeby wyświetlał jedynie informacje alarmowe w trybie awaryjnym (baterijnym). Zamawiający opisując parametry wyświetlacza wykorzystał tę informację uznając, że jedynym sposobem uzyskania wymaganej funkcjonalności jest wykluczenie zasilaczy wyposażonych w wyświetlacze LCD. Podstawową funkcją zasilaczy UPS jest podtrzymanie zasilania

podłączonych do niego, wymagających ochrony przed zanikiem zasilania z sieci energetycznej, urządzeń poprzez zasilanie bateryjne, przy jednoczesnym poinformowaniu użytkownika o przejściu zasilacza w tryb awaryjny (baterijny). W przypadku zasilacza awaryjnego wyposażonego w wyświetlacz LCD z możliwością jego wyłączenia w normalnych trybie pracy i jego włączenia jedynie w celu poinformowania użytkownika o przejściu do trybu zasilania awaryjnego (baterijnego) można uznać zdaniem Zamawiającego za równoważny zaświeceniu się stosownej diody LED w przypadku zasilacza wyposażonego jedynie w diody LED. Jednocześnie użytkownik otrzymuje dodatkowe informacje, których Zamawiający nie wymagał a stanowią wartość dodaną urządzenia, m.in. o pozostałym czasie pracy zasilacza przy zasilaniu baterijnym co w tym trybie pracy jest informacją istotną. Informacje wyświetlane w normalnym trybie pracy to głównie napięcie i częstotliwość pracy sieci zasilającej. Te i inne informacje można odczytać za pomocą dedykowanego oprogramowania dostarczanego przez producenta UPS. Z powyższego wynika, że intencją Zamawiającego było, aby wyświetlacz nie świecił się cały czas, stąd zapis w SWZ - „bez wyświetlacza LCD”. W przypadku zasilaczy awaryjnych (UPS) Zamawiający potrzebuje jedynie podstawowej informacji o stanie pracy zasilacza – potwierdzenia obecności napięcia w sieci energetycznej zasilającej urządzenia chronione przez zasilacze awaryjne bez ciągłego wyświetlania innych informacji na obudowie zasilacza. Informacje dostępne na wyświetlaczu (min. rodzaj działania, stan zasilania, stan baterii, stan obciążenia) możliwe są do pozyskania przez odpowiednie oprogramowanie udostępnione przez producenta zasilaczy. Wg wiedzy zamawiającego w momencie sporządzania opisu parametrów charakteryzujących potrzebne zasilacze, jedynym sposobem osiągnięcia tego celu był brak wyświetlacza LCD. Zamawiający oparł opis parametrów na podstawie informacji o braku możliwości wyłączenia tegoż wyświetlacza w znanych zamawiającemu modelach UPS dostępnych na rynku (informacja potwierdzona przez jednego z producentów takich zasilaczy mail oraz instrukcja obsługi w aktach sprawy). Zamawiający biorąc pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy, że zaoferowany zasilacz posiada sygnalizację wizualną w postaci co najmniej diody LED oraz możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD uznał, że przedmiotowy zasilacz spełnia sposób sygnalizacji stanu pracy zasilacza, który został określony w opisie przedmiotu zamówienia tj. sygnalizacja stanu pracy zasilacza poprzez sygnał wizualny w postaci diody LED. Po wyłączeniu wyświetlacza LCD faktycznie zasilacz nie wyświetla żadnych dodatkowych informacji, a jedyną formą sygnalizacji pracy urządzenia jest dioda LED, czyli mieści się w kategorii wymaganego w SWZ zasilacza „Sygnalizacja stanu pracy zasilacza - sygnały wizualne (jedynie dioda LED, bez wyświetlacza LCD)”. Zamawiający dochował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia poprzez wcześniejsze rozpoznanie rynku IT, a istnienie wyłączanego wyświetlacza LCD jest zgodne z SWZ/ Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty wziął również pod uwagę, stosunek ceny oferowanego zasilacza UPS do ceny całego zamówienia. Zgodnie ze złożoną ofertą zasilacz awaryjny 800W-1000W został wyceniony na 922,50 zł brutto, a wartość całego zamówienia wynosi 350 095,09 zł brutto, co stanowi ok. 0,2 % całości zamówienia. Zasilacz stanowi niewielką część zamówienia. Odrzucając przedmiotową ofertę Zamawiający musiałby wybrać ofertę droższą o 15 335,45 zł, a różnica w cenie pomiędzy zasilaczem Odwołującego i wybraną ofertą wynosił nieco ponad 200 zł. Biorąc pod uwagę powyższe zarzut Odwołującego co do zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy AT Computer s.c. J.M., B.M. jest niezasadny, bo zaoferowany zasilacz awaryjny 800W-1000W marki CYBERPAWER w modelu VP1600ELCD-FR po wyłączeniu wyświetlacza LCD spełnia wymagania określone w dokumentach zamówienia, posiadając sygnalizację wizualną - co najmniej diodą LED, czego wymagał Zamawiający. Istnienie wyłączanego wyświetlacza wg Zamawiającego powoduje, że jest on zgodny z SWZ. Zamawiający odrzucając wybraną ofertę naruszyłby przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p.

Ad. 2. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w Części nr 1 zamówienia, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, Zamawiający podnosi co następuje:

Oferta Wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia więc Zamawiający nie mógł postąpić inaczej jak dokonać wyboru przedmiotowej oferty jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym, zarzut dotyczący czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w Części nr 1 zamówienia jest niezasadny, ponieważ Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty Wykonawcy AT Computers s.c. J.M., B.M. jako najkorzystniejszej. Oferta spełnia warunki zamówienia i została najwyższej sklasyfikowana, otrzymując maksymalną liczbę punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert. Podstawy wyboru wybranej oferty zostały opisane w pkt Ad. 1.

Ad. 3. zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Wykonawcy do przedstawienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu ustanawiającego pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w Części 1 zamówienia albo do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Części 1 zamówienia, Zamawiający podnosi co następuje:

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa, ponieważ pełnomocnictwo zostało złożone wraz z ofertą. Wspólnicy spółki cywilnej osobiście ustanowili pełnomocnika Panią Ewelinę Polcyn do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu m.in. do podpisywania i złożenia w imieniu spółki oferty wraz z załącznikami. Wg Zamawiającego przedstawione pełnomocnictwo podpisane przez obydwójników tej Spółki spełnia wymogowi art. 58 ust. 2 ustawy p.z.p., że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Składają

pełnomocnictwo każdy ze wspólników oświadczył, że w ramach prowadzonej Spółki udziela pełnomocnictwa. Spółka cywilna jest umową cywilnoprawną zawartą między wspólnikami posiadającymi podmiotowość prawną. Spółka cywilna nie różni się niczym od innych umów regulowanych przepisami z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny - dalej k.c. Spółka nie ma w szczególności osobowości prawnej i nie może samodzielnie występować w obrocie. Na gruncie przepisów p.z.p. spółka cywilna jest traktowana jako konsorcjum występujących wspólnie przedsiębiorców ze wszystkimi konsekwencjami z tego wynikającymi. W sytuacji ofertowania przez spółkę cywilną, przedsiębiorców będących wspólnikami spółki należy traktować tak samo jak wykonawców składających ofertę wspólną. Zgodnie z art. 58 ust. 1 p.z.p. wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W praktyce obrotu wykonawcy funkcjonujący w ramach spółki cywilnej są traktowani tak samo jak wykonawcy zawiązujący tzw. konsorcjum w związku z ubieganiem się o jednostkowe zlecenie publiczne. W związku z powyższym, zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Wykonawcy do przedstawienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu ustanawiającego pełnomocnika do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Części 1 zamówienia albo do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Części 1 zamówienia jest niezasadny. Wykonawcy przedstawili taki dokument, a odniesienia w tym dokumencie odnoszą się w aktualnym porządku prawnym tylko do formy ich współdziałania. Nie było zatem podstaw aby 7 uznać, że wykonawcy nie przedłożyli odpowiedniego pełnomocnictwa skoro znajdują się tam podpisy obu wykonawców, a pełnomocnictwo zawierając słowo „Spółka” wskazuje jedynie na formę prowadzonej działalności. Innymi słowy wykonawcy – wspólnicy spółki cywilnej udzieli łącznie pełnomocnictwa do ich reprezentowania, które spełnia przesłanki art. 58 ust. 2 p.z.p. Reasumując: w świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność wyboru oferty Wykonawcy AT Computers s.c. J.M., B.M. jako najkorzystniejszej została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami p.z.p. Zamawiający nie był, w świetle obowiązujących przepisów ustawy zobowiązany ani uprawniony do podjęcia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy AT Computers s.c. J.M., B.M. Zamawiający nie był także zobowiązany ani uprawniony do podjęcia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert w Części 1 zamówienia w wypadku potwierdzenia się zarzutów miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba oddalił wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 PZP, uznając, że kopia odwołania została skutecznie przekazana Zamawiającemu za pomocą wiadomości emailowej, a sposób komunikacji wskazany w specyfikacji był na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu i mógł on zapoznać się z jego treścią. Inaczej mówiąc stan faktyczny w przedmiotowej sprawie był zgoła odmienny niż w orzeczeniach przywołanych w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, gdzie kopia odwołania nie została przekazana, nie tylko za pomocą środka komunikacji elektronicznej, tj. platformy, ale również za pomocą emaila.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, Rozdziału nr III do SWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia, oferty AT Computers S.C. J.M., B.M., Załącznika nr 1 do Formularza ofertowego AT Computers S.C. J.M., B.M., wezwania do wyjaśnień z 12.05.2023 r., wyjaśnień z 17.05.2023 r. wraz z załącznikami, tj. kartą katalogową zaofertowanego urządzenia (zasilacza) wraz z tłumaczeniem, protokołem Komisji Przetargowej z 18.05.2023 r. wraz z załącznikiem nr 4 do tego protokołu, tj. instrukcją obsługi zasilacza awaryjnego w modelu VP1600ELCD-FR, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia z 19.05.2023 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) w zw. z treścią Rozdziału III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. - „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” wiersza 4 zd. 3 tabeli oraz art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt. 2) Pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawców w sytuacji gdy zasilacz awaryjny marki CYBERPOWER w modelu VP1600ELCD-FR zaofertowany przez Wykonawców posiada wyświetlacz LCD, a Zamawiający w wierszu 4 zd. 3 tabeli opisującej zasilacz awaryjny 800W-1000W wyraźnie zaznaczył, że wymaga zasilacza awaryjnego bez wyświetlacza LCD - „Sygnalizacja

stanu pracy zasilacza - sygnały wizualne (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD) i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego" (zarzut pierwotny).

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

2. art. 239 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z treścią Rozdziału III SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. I.5.2. - „Zasilacz awaryjny 800W-1000W” wiersza 4 zd. 3 tabeli oraz art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt 2) Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawców jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Wykonawców powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut wynikowy), a nadto, z daleko posuniętej ostrożności tj. na wypadek uznania przez Izbę orzekającą, że oferta Wykonawców nie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia:

3. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawców, którzy - wbrew wyraźnemu przepisowi Pzp - nie ustanowili pełnomocnika upoważnionego co najmniej do reprezentacji Wykonawców w postępowaniu (zarzut ewentualny).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania (w tym w szczególności fragmenty przytoczone z protokołu Komisji Przetargowej z 18.05.2023 r.) oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, Zamawiający wycofał na posiedzeniu zarzut ewentualny o numerze trzecim.

Dodatkowo, Izba wskazuje na wezwanie do wyjaśnień z 12.05.2023 r. skierowane przez Zamawiającego do AT Computers S.C. J.M., B.M.: „(...) Jednocześnie proszę wyjaśnić poniższe:

1) Wykonawca zaoferował zasilacz awaryjny model CYBERPOWER VP1600ELCD-FR, który zgodnie z opisami technicznymi producenta posiada wyświetlacz LCD. Zamawiający w SWZ określił, że zasilacz musi posiadać sygnalizację stanu pracy – „sygnały wizualne (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD)”. Proszę wyjaśnić jakie sygnały wizualne posiada zaoferowany przez Państwa zasilacz? (...)”.

Wykonawca w odpowiedzi z 17.05.2023 r. wyjaśnił, że: „(...) Ponadto wyjaśniamy, że zaoferowany zasilacz posiada wokół przycisku włączania/wyłączania

wbudowaną diodę LED, która informuje o zasilaniu urządzenia.

Dodatkowo zasilacz jest wyposażony w panel LCD, który zawiera bardziej szczegółowe informacje o stanie zasilania urządzenia oraz baterii.

Do wyjaśnień dołączam kartę katalogową urządzenia wraz z tłumaczeniem. (...)”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mcdowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Uwzględniając zarzut, a w konsekwencji całe odwołanie, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z Rozdziałem III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia pkt I.5.2 „Zasilacz awaryjny 800 W – 1000 W” wiersz 4 zd. 3 tabeli Zamawiający wyraźnie i zarazem jednoznacznie wymagał: „Sygnalizacje stanu pracy zasilacza – sygnały wizualne (jedynie dioda LED, bez wyświetlacza LCD) i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego” Wykonawca, tj. AT Computers S.C. J.M., B.M. w odpowiedzi zadeklarował w ofercie, w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego urządzenie: CEBERPOWER VP1600ELCD-FR i potwierdził, że spełnia wymagane wskazane wcześniej warunki (w rubryce oferowane parametry zaznaczył: „TAK”). Jednakże, Zamawiający wezwał AT Computers S.C. J.M., B.M. do wyjaśnień pismem z 12.05.2023 r. jakie sygnały wizualne posiada zaoferowany zasilacz. W odpowiedzi z 17.05.2023 r. wyjaśnił, „że zaoferowany zasilacz posiada wokół przycisku włączania/wyłączania wbudowaną diodę LED, która informuje o zasilaniu urządzenia. Dodatkowo zasilacz jest wyposażony w panel LCD, który zawiera bardziej szczegółowe informacje o stanie zasilania urządzenia oraz baterii”. Do wyjaśnień załączył kartę katalogową urządzenia wraz z tłumaczeniem. Zamawiający ustalił zgodnie z instrukcją obsługi urządzenia, że zasilacz jest wyposażony w wyświetlacz LCD z możliwością jego wyłączenia przy zachowaniu pozostałych parametrów, tzn. przy jednoczesnym sygnalizowaniu stanu pracy za pomocą diody LED. Powyższe było generalnie podstawą uznania oferty AT Computers S.C. J.M., B.M., gdyż Zamawiający uznał, że poprzez możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD urządzenie spełnia pierwotne wymogi przedmiotu zamówienia, tzn. „bez wyświetlacza”. Zamawiający potwierdził niniejsze stanowisko także podczas rozprawy, jak i dodatkowo potwierdził (w odpowiedzi na zastrzeżenia Odwołującego z odwołania i rozprawy), że możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD istnieje tylko w trybie normalnym, gdyż w trybie awaryjnym, gdy zasilacz działa na baterie takiej możliwości nie ma, gdyż wyświetlacz informuje w tym trybie o pracy zasilacza w trybie awaryjnym i konieczności zakończenia bieżącej pracy użytkownika komputera.

Izba podkreśla, że Zamawiający był związany opisem przedmiotu zamówienia i nie mógł modyfikować wymogów z tym związanych na etapie badania i oceny ofert. W tym wypadku niewątpliwie Zamawiający poprzez uznanie oferty AT Computers S.C. J.M., B.M. taką modyfikację de facto dokonał.

Zamawiający bowiem wyraźnie zawarł, co do zasilacza (jedynie dioda LED, bez wyświetlacza LCD) nie było więc tak jak

stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że oczekiwał sygnalizacji wizualną w postaci co najmniej diody LED, a zarazem możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD mógł uznać, gdyż przedmiotowy zasilacz spełnia sposób sygnalizacji stanu pracy zasilacza, tj. sygnalizację stanu pracy zasilacza poprzez sygnał wizualny w postaci diody LED. Skoro bowiem chodziło o zasilacza - jedynie dioda LED, bez wyświetlacza LCD, to nie można uznać, iż może być dioda LED wraz z wyświetlaczem nawet wyłączonym, gdyż nawet wyłączony wyświetlacz nadal znajduje się w urządzeniu, a zgodnie z wymogiem miało go w ogóle nie być. Warto w tym zakresie także podnieść, że gdyby Zamawiający możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD uznawał za dopuszczalną możliwość spełnienia wymogów opisu przedmiotu zamówienia, to wprost wskazałby to w wymogu, tym bardziej, że w zakresie sygnałów dźwiękowych możliwość wyłączenia alarmu dźwiękowego wprost wskazał: „(...) sygnały (...) dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego. (...)”. Jednocześnie, Zamawiający jest niekonsekwentny, gdyż skoro podstawą uznania była możliwość wyłączenia wyświetlacza LCD, to dlaczego abstrahował Zamawiający od faktu, który sam potwierdził na rozprawie i który wynika z instrukcji obsługi, że w trybie awaryjnym ten wyświetlacz LCD nie można już wyłączyć. Iżba rozumie pobudki ekonomiczne Zamawiającego, ale reguły postępowania zostały ustalone na początku postępowania i nie można ich zmieniać na etapie badania i oceny ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec potwierdzenia się zarzutu głównego i jego uwzględnienia, Izba uwzględniła również zarzut drugi w związku z jego wynikowym charakterem względem zarzutu głównego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, jak i kwotę 299, 20 zł tytułem dojazdu na rozprawę, czyli łącznie 11 399 zł 20 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:**

.....