Sygn. akt: KIO 2073/23

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę **M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEB-PROFIT M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie**w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Lubliniecki, ul. Paderewskiego 7, 42-700 Lubliniec**
przy udziale:

A.wykonawcy **Przedsiębiorstwo „Optimus" Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 84 K, 99-200 Sieradz**

B.wykonawcy **B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B.P., ul. Tuwima 6, 42-700 Lubliniec**
zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo „Optimus" Sp. z o.o. i B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B.P., pomimo ich niezgodności
z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu oprogramowania biurowego nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia;

- naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwo „Optimus" Sp. z o.o.;
i nakazuje zamawiającemu Powiatowi Lublinieckiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku wezwanie wykonawców Przedsiębiorstwo „Optimus" Sp. z o.o. i B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B.P. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie spełnienia wymagania: „Dostarczone oprogramowanie musi być fabrycznie nowe, nieużywane oraz nieaktywowane nigdy wcześniej na innych komputerach oraz musi pochodzić z oficjalnego
i legalnego kanału dystrybucyjnego producenta oprogramowania".

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3.Kosztami postępowania obciąża Powiat Lubliniecki w części 2/3 oraz wykonawcę M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEB-PROFIT M.K.
w części 1/3 i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEB-PROFIT M.K tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Powiat Lubliniecki tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3.2.zasądza od Powiat Lubliniecki na rzecz wykonawcy M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEB-PROFIT M.K. kwotę 3 794 zł 33 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote trzydzieści trzy grosze).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2073/23

U z a s a d n i e n i e

Powiat Lubliniecki (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 48 zestawów komputerowych – komputerów stacjonarnych typu All in One zawierających system operacyjny oraz oprogramowanie biurowe, w tym urządzeń peryferyjnych – klawiatur i myszy do siedziby Starostwa Powiatowego w Lublińcu". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 czerwca 2023 r. pod numerem
2023/BZP 00269571.

W dniu 17 lipca 2023 r. wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEB-PROFIT M.K. z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

1. wyborze przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Optimus Sp. z o. o. (dalej: „Optimus"), pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami SWZ;

2. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Optimus, pomimo jej niezgodności z treścią SWZ,

3. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B.P. (dalej: „Prauzner-Bechcicki") pomimo jej niezgodności z treścią SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

a) Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty firmy Optimus
i firmy Prauzner-Bechcicki, pomimo ich niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu oprogramowania biurowego nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia;

b) Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór,
z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy Optimus, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) była oferta Odwołującego;

c) Art. 224 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty firmy Optimus zawierającej istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a który to wykonawca nie wykazał, że istotna część składowa jego oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane odwołaniem,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone
w toku postępowania, w tym na rozprawie;

4. nakazanie Zamawiającemu:

4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,

4.2. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie

4.3. odrzucenia oferty firmy Optimus,

4.4. odrzucenia oferty firmy Prauzner-Bechcicki,

4.4. ponownego dokonania oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconych ofert firm AB Optimus oraz Prauzner-Bechcicki,

4.5. wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika – jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że wykonawca Optimus
w złożonej ofercie (Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy) zaoferował w pozycji nr 1.2 oraz w pozycji 2.2 w sumie 48 sztuk (18+30) oprogramowania biurowego Microsoft Office 2021 Proffessional Plus w cenie sprzedaży 510,00 zł netto za sztukę, kiedy
w oficjalnym kanale sprzedaży producenta (wymóg w OPZ) taka licencja kosztuje od 1635,00 do 1648,00 zł za sztukę.

Odwołujący podał, że wykonawca – firma Prauzner-Brachcicki również złożył ofertę nie spełniającą wymogów OPZ i zaoferował (Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy)
w pozycji nr 1.2 oraz w pozycji 2.2 w sumie 48 sztuk (18+30) oprogramowania biurowego Microsoft Office 2021 Proffessional Plus w cenie sprzedaży 891,74 zł netto za sztukę, kiedy
w oficjalnym kanale sprzedaży producenta (wymóg w OPZ) taka licencja kosztuje od 1635,00 do 1648,00 zł za sztukę.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający z naruszeniem przepisów zaniechał odrzucenia ofert Optimus i Prauzner-Bechcicki. Zdaniem Odwołującego, oferty te winny zostać odrzucone z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia – zaoferowane przez tych wykonawców urządzenia nie spełniają bowiem wymogów określonych w treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający wymagał w OPZ: „Dostarczony sprzęt wraz
z oprogramowaniem musi być fabrycznie nowy, musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta". Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Optimus i Prauzner-Bechcicki zaoferowali w poszczególnych pozycjach oprogramowanie Microsoft Office 2021 Professional Plus, które jednak nie pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży producenta oraz zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał wykonawców osobnymi pismami do wyjaśnień w związku ze złożonymi ofertami (niestety Odwołujący nie jest w posiadaniu tych wezwań i nie zna dokładnej ich treści, zapoznał się jedynie z odpowiedziami na wezwania).

Jak zauważył Odwołujący, w odpowiedzi na wezwania wykonawca Optimus przedstawił ofertę cenową na oprogramowanie biurowe MS Office 2021 Professional Plus, które nie pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży producenta.

Odwołujący wskazał, że:

a) albo Wykonawca Optimus nie został oficjalnie wezwany przez Zamawiającego do wykazania, że istotna część składowa oferty w postaci oprogramowania biurowego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co jest obowiązkiem Zamawiającego

b) albo wykonawca otrzymując takie wezwanie nie udowodnił w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że istotna część składowa oferty w postaci oprogramowania biurowego nie zawiera rażąco niskiej ceny, co jest obowiązkiem wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że nie ma i nigdy nie było fizycznej możliwości zakupienia oprogramowania Microsoft w oficjalnym kanale sprzedażowym producenta w wysokości
30-33% jego właściwej ceny.

Z kolei, jak wskazał Odwołujący, wykonawca Prauzner- Bechcicki nie przedstawił oferty cenowej od konkretnej firmy na oprogramowanie biurowe MS Office 2021 Professional Plus, nie udowadniając w ten sposób pochodzenia oprogramowania i nie udowadniając, że pochodzi ono z oficjalnego kanału sprzedaży producenta (nie przedstawił jakiego dystrybutora jest to cena, mimo że lista oficjalnych partnerów Microsoft jest bardzo krótka i żaden dystrybutor należący do oficjalnego kanału sprzedaży producenta nie oferuje takiej ceny tego oprogramowania). Wykonawca ten zapewnił jedynie, że jest to cena autoryzowanego dystrybutora Microsoft, a niska cena wynika z polityki rabatowej partnera Microsoft, co jest niemożliwe, a co ponadto nie wyczerpuje udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że cena oprogramowania nie jest rażąco niska.

Odwołujący wyraził przekonanie, że nie ma i nigdy nie było fizycznej możliwości zakupienia oprogramowania Microsoft w oficjalnym kanale sprzedażowym producenta
w wysokości 50% jego właściwej ceny.

Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Optimus i Prauzner-Bechcicki i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Optimus, czym naruszył wskazane na wstępie przepisy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Optimus i Prauzner-Bechcicki.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Nie można mówić o braku interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na finansowanie zamówienia. Okoliczność ta może stać się ewentualnie podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie
z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Co za tym idzie, aby można było mówić o podstawie do unieważnienia postępowania, niewystarczająca jest okoliczność, że cena oferty przekracza budżet zamawiającego. Niezbędny jest wybór danej oferty jako najkorzystniejszej oraz weryfikacja przez zamawiającego własnych możliwości finansowych, a także stwierdzenie, że zasoby finansowe przeznaczone na to zamówienie nie mogą ulec zwiększeniu. Na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do twierdzenia
o braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, że jednym z wymagań dotyczących pakietu biurowego stanowiącego przedmiot zamówienia było: „Dostarczony sprzęt wraz z oprogramowaniem musi być fabrycznie nowy, musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta” (Opis przedmiotu zamówienia).

Izba stwierdziła, że okoliczności, na które wskazał Odwołujący oraz dowody w postaci korespondencji z Microsoft, wydruków ze stron internetowych producenta, oficjalnych dystrybutorów TD Synnex, AB S.A., ALSO Polska Sp. z o.o., a także wydruków ze stron internetowych sprzedawców oprogramowania Morele.net Sp. z o.o. i Komputronik S.A. obrazujące cenę oprogramowania stanowiącego przedmiot zamówienia, podają w wątpliwość pochodzenie oprogramowania zaoferowanego przez wykonawców Optimus i Prauzner-Bechcicki. Wątpliwości te potwierdza ponadto treść zamieszczona na stronie producenta Microsoft, gdzie podano, że jedną z oznak mogących wskazywać na to, iż oprogramowanie nie jest oryginalne, jest niska cena produktu. Okoliczności powołane w odwołaniu, poparte dowodami, podają w wątpliwość zgodność ofert złożonych przez wykonawców Optimus
i Prauzner-Bechcicki z treścią SWZ w zakresie wymogu pochodzenia oprogramowania
z oficjalnego kanału sprzedaży producenta.

O spełnieniu spornego wymagania nie mogą stanowić oświadczenia Teamnet
Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie z dnia 5 czerwca 2022 r. oraz z dnia 24 lipca 2023 r., faktura złożona przez wykonawcę Optimus, jak również wydruki ze strony internetowej tego podmiotu, jako że nie należy on do grupy oficjalnych dystrybutorów Microsoft produktów Office w Polsce. Co za tym idzie, okoliczność, iż Teamnet Sp. z o.o. sprzedaje oprogramowanie w określonej cenie, nie stanowi o pochodzeniu oprogramowania z oficjalnego kanału sprzedaży producenta. Okoliczność ta powinna zostać dowiedziona przez wykonawców Optimus i Prauzner-Bechcicki w drodze wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższemu nie stoi na przeszkodzie fakt, że Zamawiający nie żądał potwierdzenia spornej okoliczności dokumentami dołączonymi przez wykonawców do oferty. W świetle powstałych wątpliwości, Zamawiający zobowiązany jest zbadać na etapie oceny i badania ofert czy oferty wykonawców Optimus
i Prauzner-Bechcicki są zgodne z treścią SWZ w spornym zakresie.

W konsekwencji powyższego, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut dotyczący nieprawidłowego wyniku oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców Optimus i Prauzner-Bechcicki co do ich zgodności z SWZ, a co za tym idzie, również zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej Jednocześnie, na obecnym etapie brak jest podstaw do odrzucenia ww. ofert jako niezgodnych z treścią SWZ. Okoliczność pochodzenia oferowanego oprogramowania z oficjalnego kanału sprzedaży producenta musi być zbadana w drodze wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że przed zbadaniem ofert w opisanym powyżej zakresie, brak jest jednoznacznych podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Optimus jako zawierającej rażąco niską cenę. Do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego wykonawca ten załączył fakturę potwierdzającą realność zaoferowanej ceny. Dowód ten potwierdza, że zaoferowana cena za sporny element zamówienia jest możliwa do osiągnięcia. Jak wskazano powyżej, jednoznaczne

stwierdzenie na obecnym etapie postępowania, że zaoferowane przez wykonawcę Optimus oprogramowanie nie pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży producenta, nie jest możliwe – rzecz ta powinna podlegać zbadaniu przez Zamawiającego
w drodze wyjaśnień treści oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2,
w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym
i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/3 i bezzasadne w pozostałej części (1/3).

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 1/3, Zamawiającego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 3 617 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie
11 117 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości
7 500 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3705,67 zł (11 117 x 1/3).

Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 3 794,33 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący:……..