

WYROK

z dnia 18 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez wykonawcę Progress Systemy Komputerowe Sp. z o.o. Al. Mickiewicza 27, 31-120 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie Al. Mickiewicza 30 30-059 Kraków,

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Komputronik Biznes Sp. z o.o. ul. Wołczyńska 37 60-003 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Progress Systemy Komputerowe Sp. z o.o. Al. Mickiewicza 27, 31-120 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

3. Zasądza od odwołującego Progress Systemy Komputerowe Sp. z o.o. Al. Mickiewicza 27, 31-120 Kraków na rzecz zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie Al. Mickiewicza 30 30-059 Kraków, kwotę 485,60 (czterysta osiemdziesiąt pięć 60/00) złotych tytułem zwrotu kosztów dojazdu pełnomocników zamawiającego na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 872/18

UZASADNIENIE

Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie Al. Mickiewicza 30 30-059 Kraków, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywna dostawa stacjonarnych zestawów komputerowych dla Jednostek AGH Numer referencyjny: KC-zp.272-16/18.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 stycznia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 010-017719.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Komputronik Biznes Sp. z o.o. ul. Wołczyńska 37, 60-003 Poznań, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Progress Systemy komputerowe sp. z o.o. al. Mickiewicza 27, 31-120 Kraków, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zostało odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2 zamówienia (zadanie 1 i 2).

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komputronik, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca Komputronik zaoferował urządzenia niespełniające wymagań Zamawiającego oraz (ii) nie podał wymaganych numerów katalogowych w przypadku urządzeń, co do których podanie takich numerów było wymagane do zidentyfikowania oferowanego przez Wykonawcę urządzenia oraz wymagane przez Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ;

2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Komputronik, pomimo iż Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa, co do zgodności treści oferty Wykonawcy Komputronik z SIWZ;

3. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na niepodjęcie dalszych czynności wyjaśniających w zakresie treści oferty Komputronik, pomimo iż Wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego;

4. Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komputronik pomimo, iż oferta wykonawcy Komputronik nie umożliwia zidentyfikowania, co dokładnie wykonawca Komputronik oferuje Zamawiającemu, co jest niezgodne z ustawą;

5. Art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Komputronik z Postępowania, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę;

6. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Komputronik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż rażące zaniżenie ceny niektórych elementów oferty jest oczywiste, a w innych przypadkach wycena składników oferty budzi wątpliwości;

7. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komputronik, pomimo iż wykonawca ten dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2018 r. poz. 419) („uznk”) oraz 15 ust. 1 pkt 1 uznk, tzn. w sposób nieuprawniony manipulował ceną oraz zaniżył składniki ceny poniżej poziomu zakupu w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

8. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnomocnikowi Odwołującego protokołu z Postępowania oraz załączników do tego protokołu

oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści niniejszego odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) przesłania Odwołującemu protokołu z Postępowania z załącznikami w formie elektronicznej na adres ;

- c) odrzucenia oferty Wykonawcy Komputronik;
- d) wykluczenia Wykonawcy Komputronik z Postępowania;
- e) przeprowadzenia ponownego badania i oceny, ofert bez uwzględnienia oferty

Wykonawcy Komputronik;

- f) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesiony pierwszy zarzut Odwołujący podał, że Zamawiający naruszył przepis art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komputronik pomimo, iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca Komputronik zaoferował urządzenia niespełniające wymagań Zamawiającego oraz nie podał wymaganych numerów katalogowych w przypadku urządzeń, co do których podanie takich numerów było niezbędne do zidentyfikowania oferowanego przez wykonawcę urządzenia oraz wymagane przez Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia w części Zadanie nr 1-zestawy komputerów stacjonarnych typu Tower w pozycji 38 wskazał, iż wymaga zaoferowania zestawu klawiatury i myszy bezprzewodowej, spełniające następujące parametry minimalne: USB, czarna, bezprzewodowa, multimedialna, mały nadajnik "nano" umożliwiający podłączenie do 6 urządzeń. Wykonawca Komputronik w tej pozycji zaproponował zestaw myszy i klawiatury Logitech MK270. Zestaw ten w obecnie oferowanej konfiguracji obsługuje wyłącznie odbiornik umożliwiający podłączenie do 2 urządzeń. Elementy składające się na zestaw MK270, czyli:

- a) Mysz Logitech M185;
- b) Klawiatura K270;
- c) Odbiornik „nano”;

nie obsługują trybu połączenia unifying - technologii, która pozwala w przypadku sprzętu firmy Logitech na obsługę więcej niż 2 urządzeń. Innymi słowy żaden z elementów zestawu nie jest dostosowany do pracy z więcej niż 2 urządzeniami. Podkreślił, że kwestia ta wzbudziła także wątpliwości Zamawiającego, który w dniu 11 kwietnia 2018 r. wezwał Komputronik do wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca Komputronik odmówił wyjaśnień twierdząc, iż technologia obsługi „do 6 urządzeń”, czyli umożliwiająca podłączenie do 6 urządzeń na raz nie była wymagana. Natomiast oferowany przez Wykonawcę Komputronik sprzęt obsługuje „do 6 urządzeń”. Innymi słowy najpierw Wykonawca Komputronik przyznał, iż sprzęt oferowany przez niego w ofercie nie jest w stanie obsłużyć 6 urządzeń, a następnie złożył drugie oświadczenie, obarczone błędem logicznym. Teza Wykonawcy Komputronik, jakoby zestaw MK270 poprzez obsługę 2 urządzeń spełnia parametr obsługi „do 6 urządzeń” jest nie do przyjęcia w okolicznościach niniejszej sprawy. Sformułowanie „do 6 urządzeń” zostało przez Zamawiającego wskazane, jako parametr minimalny. W tym kontekście urządzenie umożliwiające podłączenie „do 6 urządzeń” oznacza, iż aby parametr został uznany za spełniony urządzenie musi być w stanie obsłużyć 1 urządzenie i 2 urządzenia i 3 urządzenia i 4 urządzenia i 5 urządzeń i 6 urządzeń.

Zupełnie niezrozumiałym, zdaniem Odwołującego jest brak odrzucenia w tej sytuacji oferty wykonawcy Komputronik. Wskazał, że zgodnie z pkt 3.10 SIWZ wykonawca zobowiązany był do „jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model) - zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 4 do niniejszej SIWZ”, tj. Kalkulacji cenowej.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca jednoznacznie wskazał oferowany sprzęt w ofercie. Odwołujący podkreślił, że z ww. wymaganiem SIWZ koresponduje także § 3 ust 8 istotnych postanowień umowy, zgodnie z którym „Podczas odbioru jakościowego Kupujący zweryfikuje: Model i numer seryjny na podstawie wpisu w BIOS Poprawność sprzętową, tj. zgodność podzespołów z przedłożoną ofertą i zamówieniem.”

Podkreślił, że brak dokładnego wskazania modelu sprzętu w ofercie pozostawi dużą swobodę Wykonawcy podczas realizacji zamówienia oraz uniemożliwi pełne skorzystanie z uprawnień zastrzeżonego dla Zamawiającego w § 3 ust. 8 IPU.

Podniósł, że wykonawca Komputronik w pozycjach 22-27 nie sprecyzował sprzętu jaki oferuje Zamawiającemu. W przypadku kart graficznych pod jedną wskazaną nazwą kryją się różne modele, które mogą się różnić zarówno wydajnością, jak i oferowanymi złączami. Dlatego, w przypadku kart graficznych, w celu spełnienia wymagań Zamawiającego należało wskazać konkretny model poprzez wskazanie numeru katalogowego danej karty.

Zaniechanie dokładnego wskazania modelu kart graficznych w pozycjach 22-27 kalkulacji cenowej stanowiło, zdaniem Odwołującego o niezgodności treści oferty wykonawcy Komputronik z SIWZ. Dodał, że dopiero podanie numeru katalogowego, zgodnie z żądaniem Zamawiającego jasno wyrażonym w SIWZ, byłoby wystarczające do jasnego sprecyzowania konkretnego modelu karty graficznej w pozycjach 22-27 kalkulacji cenowej i tym samym wykazania jaka karta jest oferowana w ofercie.

W zakresie kolejnego zarzutu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazał na zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Komputronik, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa, co do zgodności treści oferty Wykonawcy Komputronik z SIWZ. Podkreślił, że wykonawca Komputronik, co najmniej przez niedbalstwo w pozycji 38 Kalkulacji cenowej, przygotowanej na wzór z załącznika nr 4 do SIWZ, wskazał zestaw urządzeń peryferyjnych Logitech MK270, które nie spełnia wymagań Zamawiającego. Ponadto w tej samej pozycji, w kolumnie przeznaczony na wskazanie parametrów minimalnych oferowanego przez wykonawcę sprzętu, Komputronik wskazał, iż zestaw ten posiada „mały nadajnik «nano»> umożliwiający podłączenie do 6 urządzeń”. Informacja ta jest niezgodna ze stanem faktycznym, gdyż zestaw urządzeń peryferyjnych oferowany przez Komputronik obsługuje do 2 urządzeń.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zarzucił Zamawiającemu niepodjęcie dalszych czynności wyjaśniających w zakresie treści oferty Komputronik, pomimo iż wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień na wezwanie zarzucił, że jeżeli oświadczenie było dla Zamawiającego niezrozumiałe, Zamawiający powinien był podjąć dalsze czynności wyjaśniające z art 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W kolejnym zarzucie dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komputronik podał, że z oferty wykonawcy Komputronik nie wynika, co dokładnie ten wykonawca oferuje Zamawiającemu, a to jest niezgodne z ustawą. W odniesieniu do zaniechania podania przez Wykonawcę Komputronik numerów katalogowych kart graficznych (poz. 22-27 Kalkulacji cenowej) podał, że w tym zakresie nie znajdzie zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż kwestie treści oferty nie mogą być uzupełniane poprzez wyjaśnienia wykonawcy. W celu zmiany i doprowadzenia do zgodności oferty wykonawcy Komputronik z ustawą to wykonawca ten winien wskazać, który z modeli karty graficznej w istocie oferuje Zamawiającemu. Taka procedura zmiana oferty nie jest możliwa po upływie terminu składania ofert.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny został przez Odwołującego cofnięty na etapie rozprawy przed Izbą.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komputronik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podał, że rażące zaniżenie niektórych elementów oferty jest oczywiste, a w innych przypadkach wycena składników oferty budzi wątpliwości. Odnosząc się do kwestii obowiązku wyjaśnienia ceny oferty podał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia - zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów to zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Podkreślił, że jego zdaniem nawet jeżeli Zamawiający lub ewentualnie wykonawca Komputronik wykaże przed Krajową Izbą Odwoławczą brak rażąco niskiej ceny oferty to wątpliwości, co do ceny oferty przedstawione przez Odwołującego powinny być skutkować wszczęciem procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, nie może on ponosić ryzyka oczywistego zaniechania Zamawiającego w tym zakresie i odwołanie powinno zostać uwzględnione przynajmniej w zakresie zaniechania podjęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tak aby wszelkie twierdzenia i dowody zostały przez Wykonawcę Komputronik przedstawione bezpośrednio w postępowaniu Zamawiającemu, a nie jedynie przed Izbą.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzucił, iż oferta Przystępującego została złożona w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, a Zamawiający naruszając przepis art. 89 ust.3 Pzp nie odrzucił jego oferty. Podniósł, że szczególne znaczenie przy zaniżeniu ceny oferty przez Komputronik ma fakt, iż zaniżył cenę oferty w miejscach, gdzie spodziewa się, iż Zamawiający przeszacował swoje zapotrzebowanie. Natomiast w miejscach gdzie Zamawiający oszacował ilość zamawianych komponentów zgodnie ze swoimi potrzebami, zaproponował ceny na poziomie cen ofert innych wykonawców lub nawet je przewyższające. Podał, iż stosunkowo najwyższe ceny Wykonawca Komputronik zaproponował w pozycjach 22 oraz 23 kalkulacji cenowej, gdzie równocześnie zaniechał dokładnego wskazania oferowanego przez siebie sprzętu. Zdaniem Odwołującego tego typu działania stanowi o

dokonaniu przez Wykonawcę Komputronik czynu nieuczciwej konkurencji. Tego typu zachowanie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust 1 pkt 1 UZNK, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W zarzucie ostatnim Odwołujący podał naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnomocnikowi Odwołującego protokołu z Postępowania oraz załączników do tego protokołu. Pełnomocnik Odwołującego odpowiedni wniosek złożył 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający zupełnie bezprawnie odmówił przesłania protokołu oraz załączników. Wskazał także, iż nie wyraził zgody na zrobienie zdjęć dokumentacji. W związku z powyższym wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przesłania protokołu Postępowania wraz z załącznikami. Równocześnie zastrzegł, że w zakresie okoliczności, które zostaną ujawnione Odwołującemu w sposób dostateczny dopiero po udostępnieniu dokumentacji Postępowania, Odwołujący zastrzega prawo do przedstawienia dodatkowych zarzutów lub rozwinięcia w ramach niniejszego odwołania lub złożenia nowego odwołania w terminie 10 dni od udostępnienia Odwołującemu wszystkich informacji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako całkowicie niezasadnego. Zamawiający odnosząc się łącznie do zarzutów ozn nr 1,3 i 4 podał, że zgodnie z pkt 3.10 SIWZ wykonawca był zobowiązany do jednoznacznego określenia zaferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model) zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 4 do SIWZ, tj. Kalkulacji cenowej. Załącznik nr 4 do SIWZ zobowiązywał Wykonawców do wskazania artykułu zaferowanego przez wykonawcę poprzez wpisanie nazwy producenta i modelu. Jednocześnie Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia” w ostatniej kolumnie wskazał dla każdego z opisanych artykułów przykładowy produkt spełniający wymagania Zamawiającego. Poprzez wskazanie przykładowego artykułu wzorcowego Zamawiający doprecyzował sposób opisu, jaki uzna za wystarczający dla skonkretyzowania przez Wykonawców oferowanych w ofertach artykułów, w tym kart graficznych. Tym samym, zapisami SIWZ Zamawiający dookreślił oczekiwany poziom konkretyzacji produktów, jednakowo dla wszystkich wykonawców. Wykonawca Komputronik w pozycjach 22-27 zaferował produkty takie jak: MSI GeForce GTX 1070 8G3 GDDR5, MSI GeForce GTX 1060 3GB OC, MSI GeForce GT 1030 2GB, GeForce GTX 1060 6GB, ASUS GeForce GTX 1050 2GBf MSI GeForce GTX 1070 8GB GDDR5, co w pełni spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące konkretyzacji określone w SIWZ.

Stwierdził, że żaden zapis SIWZ nie zobowiązywał Wykonawców do podania numerów katalogowych oferowanych produktów. Podał, że Zamawiający badał również karty graficzne oferowane przez Wykonawców pod względem parametrów określonych w SIWZ tj. przykładowo w pozycjach 22-26: pod kątem spełnienia przez karty graficzne podanych testów wydajnościowych, pojemności ich pamięci oraz typów kart graficznych. Zaferowane przez Komputronik Biznes Sp. z o.o. w poz. 22-27 karty graficzne są zgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego, we wszystkich jego aspektach co stanowiło istotę oferty.

Odnosząc się do zaferowania przez Przystępującego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pozycji 38 załącznika nr 4 do SIWZ zestawu „myszka + klawiatura USB o następujących parametrach: czarna, bezprzewodowa, multimedialna, mały nadajnik "nano" umożliwiający podłączenie do 6 urządzeń", podał, że celem wyjaśnienia czy oferowany produkt jest zgodny z opisem wymagań w SIWZ Zamawiający w dniu 11.04.2018 r. wezwał Wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień między innymi co do poz. 38 kalkulacji cenowej. W odpowiedzi na wezwanie w złożonych wyjaśnieniach Komputronik Biznes Sp. z o.o. potwierdził w dniu 13.04.2018 r., iż oferowany zestaw Logitech MK270 spełnia wszystkie parametry określone w SIWZ tj. USB, czarna, bezprzewodowa, multimedialna, mały nadajnik "nano" umożliwiający podłączenie do 6 urządzeń. Przystępujący przekazał również wraz z wyjaśnieniem oświadczenie producenta potwierdzające, iż zestaw Logitech MK270 posiada fabrycznie zapakowany nano odbiornik umożliwiający podłączenie 6 urządzeń. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Komputronik Biznes SP, z o.o. zwrócił Zamawiającemu uwagę, iż treść wezwania zawierała wymóg potwierdzenia, że oferowany sprzęt spełnia dodatkowe wymagania nie określone w SIWZ takie jak: fabryczne zapakowanie oraz obsługa technologii umożliwiająca podłączenie 6 urządzeń naraz. Zamawiający przyznaje, iż zapisy określone w SIWZ nie zawierały treści, iż zestaw ma być „fabrycznie zapakowany” oraz, że nadajnik „nano” ma być nadajnikiem z obsługą technologii umożliwiającą podłączenie do 6 urządzeń naraz.

Zamawiający w nawiązaniu do powyższego stanowiska odnosząc się do zarzutu niewykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji podał, że zdaniem Zamawiającego brak było podstaw do uznania, iż informacje

przedstawione przez Komputronik Biznes Sp. z o.o. były nieprawdziwe i zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Ustosunkowując się do zarzutów ozn. nr 5 i 6 Zamawiający podał, że w tym postępowaniu ani oferowana przez Komputronik cena ani też istotne jej części składowe nie wydawały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia). Ponadto Zamawiający nie miał wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę za zaoferowaną cenę.

Jednocześnie podkreślił, że z uwagi na fakt, iż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie może nastąpić bez poprzedzenia tej czynności uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odrzucenie może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Podał, że Zamawiający nie zażądał wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który powinien wykazać, iż cena wybranej oferty obligowała Zamawiającego do podjęcia ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, iż cena zaoferowana przez Komputronik jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie, wyliczenia Odwołującego pokazują, iż odchylenie cenowe pomiędzy wybraną ofertą a ofertą Odwołującego są niewielkie. W odniesieniu do ceny za całość nie przekraczają 4%, a poszczególne ceny jednostkowe nie przekraczają 16 %, co na rynku sprzętu komputerowego jest zjawiskiem typowym.

Odnosząc się do zarzutu nr 7 podał, że zdaniem Zamawiającego brak było podstaw prawnych do odrzucenia oferty Komputronik na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał, iż oferta Komputronik utrudniała innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, poprzez sugerowaną odsprzedaż towarów poniżej ceny ich zakupu, przestając w tym zakresie na gołosłownych twierdzeniach.

Zamawiający wyjaśniając zasadność swojego postępowania w związku z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania podał, że Odwołujący pominął w odwołaniu, iż dokumentacja z postępowania dwukrotnie była udostępniona przedstawicielowi Odwołującego. W dniu 27.02. 2018 r. członek zarządu mgr inż. P. B. — przeglądał i fotografował oferty. Ponadto mgr inż. P. B. w dniu 23.04.2018 r. ponownie przeglądał i fotografował dokumentację tej oferty. Zwrócił uwagę na fakt, iż Odwołujący nie składał żadnych innych wniosków o udostępnienie dokumentacji postępowania. Pismo z dnia 25.04.2018 r. przesłane emailiem było podpisane przez radcę prawnego K. P., Treść pisma nie wskazywała, aby wniosek złożony został w imieniu Odwołującego. Do pisma nie zostało dołączone żadne pełnomocnictwo. Zamawiający nie miał żadnego powodu, aby domniemywać, że wniosek został złożony w imieniu innego podmiotu niż osoba go podpisująca.

Jednocześnie Zamawiający podał, że nie odmówił udostępnienia dokumentacji, wskazał jedynie inny sposób jej udostępnienia niż zgłoszony we wniosku. Wpływ na to miał fakt, iż dokumentacja w postaci papierowej była obszerna i jej przesłanie w formie elektronicznej byłoby znacznie utrudnione.

Przystępujący w piśmie procesowym ustosunkował się do podniesionych zarzutów w odwołaniu, na rozprawie poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pisma Zamawiającego i przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie Izba uznaje za niezbędne odniesienie się do wniosku Przystępującego, o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika do pisma procesowego z którego miałyby wynikać ceny uzyskane przez Przystępującego od dostawców i ceny sprzedaży zaoferowane Zamawiającemu. Izba uznała za niezasadne objęcie tajemnicą tego pisma, gdyż

uzasadnienie objęcia zawartych tam informacji było tylko odniesieniem się do treści przepisów prawa w tym zakresie, a nie do okoliczności mających uzasadniać potrzebę utajnienia zawartych tam informacji. Izba oddalając wniosek wskazała, że podane ceny nie zawierały odniesienia do nazwy jakiegokolwiek dostawcy od którego dane urządzenia miałyby zostać nabyte, a tym samym nie mogły stanowić tajemnicy handlowej, jak twierdził Przystępujący. Zauważyć należało, że Przystępujący w dalszej części rozprawy złożył sam przedmiotowy wykaz jako dowód w sprawie z tym, że nie zawierał on wniosku o objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutów niezgodności treści oferty z SIWZ Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiem 3.10 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania Zamawiającemu produktów stanowiących części składowe zamawianych komputerów podając oznaczenia je charakteryzujące. To oznaczenie miało zawierać się w podaniu informacji o nazwie producenta, typu i modelu, zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 4 do niniejszej SIWZ.

Z analizy materiału dowodowego zebranego w sprawie Izba ustaliła, że oznaczenie kart graficznych składa się z wielu cyfr i liter identyfikujących dany produkt. Przedłożone przez Przystępującego w ofercie oznaczenia kart stanowiły identyfikacje tylko pewnej „rodziny” kart. Brak dalszych oznaczeń powodował sytuację, że brak było możliwości jednoznacznego wskazania, który konkretnie produkt został zaoferowany Zamawiającemu, gdyż karty ze wskazanym (krótkim) oznaczeniem nie istnieją, a występują dopiero po wskazaniu dalszego rozszerzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe należało w konfrontacji z wyartykułowanym w tym zakresie wymaganiem Zamawiającego należało uznać, że oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie zostały spełnione przez Przystępującego. Zamawiający potwierdził, że każda z kart wskazanych na stronie internetowej zawierająca dookreślenie- inaczej rozszerzenia nazwy, spełniała postawione wymagania minimalne w tym zakresie.

W postawionym wymaganiu w SIWZ brak jest wymogu podawania numerów katalogowych kart, do czego sprowadzał się zarzut odwołania. Nawiązując w tym zakresie do wskazywanego naruszenia §3 ust 8 postanowień umowy wskazać należy iż wymaganie to dotyczy protokołu odbioru, sporządzanego na etapie odbioru jakościowego konkretnego sprzętu. Numer seryjny oznacza bowiem konkretny egzemplarz sprzętu.

Wobec powyższego stanowiska i analizy treści SIWZ Izba uznała, iż brak jest podstaw do przyjęcia zasadności podniesionego zarzutu.

W zakresie kolejnego zarzutu niezgodności oferty Przystępującego tj. wymagania z poz. 38 załącznika nr 3 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał zaoferowania zestawu mysz + klawiatura spełniającego wymóg „USB, czarna, bezprzewodowa, multimedialna, mały nadajnik "nano" umożliwiający podłączenie do 6 urządzeń”, Izba oddaliła ten zarzut. Dotychczasowa linia orzecznicza w zakresie możliwości odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ zawiera się w stanowisku, że „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom (np. wyrok KIO1327/09). W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego przedmiotu opisanego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie (zob. wyrok SO w Toruniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt VIII Ca 76/15).

W tym zakresie wskazać należy na sposób opisu przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia oprócz podania kilku danych identyfikujących wymagany produkt, wskazywał także na „przedmiot referencyjny”, którego zaoferowanie będzie spełniało wymagania Zamawiającego. Powyższe miało jak pisał sam Zamawiający stanowić uzupełnienie opisu wymaganego przedmiotu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że „Poprzez wskazanie przykładowego artykułu wzorcowego Zamawiający doprecyzował sposób opisu, jaki uzna za wystarczający dla skonkretyzowania przez Wykonawców oferowanych w ofertach artykułów, w tym kart graficznych”.

Izba odnosząc się do powyższego zwraca uwagę na kwestię, że takie działanie Zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe, gdyż możliwość opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie danych identyfikujących dany produkt za pomocą znaków towarowych, źródła pochodzenia itd. jest niedopuszczalna, chyba, że zachodzą okoliczności o których mowa w art. 29 ust 3 Pzp. Taki sposób opisu wymagań spowodował np. w zakresie zestawu „klawiatura + myszka” sytuację, że Zamawiający, któremu Przystępujący zaoferował w ofercie produkt uznany przez niego za wzorcowy wystąpił do tegoż Przystępującego o

wyjaśnienie, czy zaoferowany przez Przystępującego zestaw MK270 Logitech spełnia wymagania, gdyż sam miał wątpliwości czy wskazany przez niego przedmiot referencyjny spełnia wymagania opisane przez niego w SIWZ. Zamawiający na rozprawie przyznał, że wobec takiego opisanie wymagań, wyjaśnień Przystępującego i wskazania produktu referencyjnego nie mógł uznać, że zaoferowany przedmiot nie jest właściwy. Inne podejście w stosunku do ofert wszystkich wykonawców byłoby to sprzeczne z jego wyartykułowanym wymaganiem w SIWZ. Zauważyć należy, że w zakresie odbiornika „nano” Zamawiający wykazał, że są wątpliwości w zakresie interpretacji wymagań, gdyż SIWZ jednoznacznie tej kwestii nie określał, czy wymagana „możliwość podłączenia 6 urządzeń może być utożsamiana z możliwością ich jednoczesnego użytkowania”.

Izba uznała również, że zaoferowanie przez Przystępującego wskazanego referencyjnego produktu nie może skutkować w takim stanie faktycznym uznaniem, że został zaoferowany produkt nie wymagany przez Zamawiającego, gdyż naruszałoby to zasadę rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawców.

Izba zauważa, że jeśli treść SIWZ jako całość daje się interpretować na więcej niż jeden sposób, to niewątpliwym staje się, że tak sformułowane postanowienia SIWZ budzą wątpliwości. Tym samym jeśli postawione wymagania mogą być interpretowane na różne sposoby to stanowi to niewątpliwie sytuację, że złożone oferty mogą być z tego powodu nieporównywalne. Odnosząc się do powyższej sytuacji Izba na marginesie przedmiotowego zarzutu wskazuje, że dokonany przez Zamawiającego dualizm w opisie przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny. Zauważyć należy, iż podobna sytuacja miała miejsce także przy oferowaniu kart graficznych, gdzie również Przystępujący zaoferował w ofercie karty wskazane przez Zamawiającego jako „referencyjne” i Zamawiający biorąc także to pod uwagę uznał je za odpowiadające jego wymaganiom. W związku z faktem, iż na obecnym etapie postępowania treść SIWZ nie może być kwestionowana i zmieniana to tym samym ocena prawidłowości postępowania ogranicza się do oceny czynności Zamawiającego według obowiązującej treści SIWZ.

Izba zwraca także uwagę na kwestię, iż nieakceptowalne jest działanie, a raczej zaniechanie działania przez Odwołującego w sytuacji, kiedy jego zdaniem niewątpliwie już na etapie zapoznawania się z treścią SIWZ można było wywieść, że w zakresie zestawu „mysz+klawiatura” opisane wymaganie było wątpliwie zgodne z wskazanym urządzeniem referencyjnym. Zdaniem Izby Odwołujący winien był podjąć działania celem wyjaśnienia tych ewentualnych rozbieżności. W tym zakresie Izba wskazuje na stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w podobnej sprawie, który w wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazał, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości co do postawionych wymagań - o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej, który nie może uzasadniać formułowania zarzutów będących konsekwencją powyższej wątpliwości, dopiero na późniejszym etapie postępowania. Podobnie orzekła Izba w wyrokach KIO 156/16; KIO 161/16 ; KIO 1945/13.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut jakoby Przystępującemu można było zarzucić wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, przy zaoferowaniu Zamawiającemu przedmiotów wskazanych w ofercie. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawi informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wskazuje że dla przyjęcia, iż miało miejsce zaistnienie wskazanej sytuacji, to podane informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, czyli na podejmowane przez niego w tym postępowaniu czynności. Izba uznała, że Odwołujący zaoferował urządzenia których oczekiwał Zamawiający, a tym samym nie wystąpiła sytuacja wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

W zakresie zarzutu, że złożona oferta Przystępującego wyczerpywała znamiona podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w przepisie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, Izba wskazuje, że niezgodności oferty z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp to każda kolizja z prawem nieobjęta dyspozycjami art. 89 ust. 1 pkt 2-8 Pzp. W szczególności oferta podlega odrzuceniu, jeśli bezpodstawnie sporządzono ją w języku obcym (art. 9 ust. 1 Pzp), odbiega od wymagań umowy ramowej (art. 101 ust. 3 Pzp) bądź dynamicznego systemu zakupów (art. 109 ust. 2 Pzp), gdy ten sam wykonawca złożył kilka ofert (art. 82 ust. 1 Pzp), bądź narusza zasady obliczania wynagrodzenia w walucie polskiej, itd. Nie jest nią natomiast sytuacja, kiedy jak w tym postępowaniu odwoławczym Odwołujący mnożąc liczbę stawianych zarzutów, jako naruszenie art. 89 ust.1 pkt 1 wskazał wyraźnie na działania i zaniechania Zamawiającego mieszczące się w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym zarzut ten Izba uznała za oczywiście niezasadny.

W kolejnej grupie zarzutów Odwołujący wskazał na rażąco niską cenę oferty

Przystępującego oraz na brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw zaoferowania ceny ofertowej w takiej wysokości. Zarzucił także, iż przy konstruowaniu ceny ofertowej Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie tych zarzutów wskazać należy, że Odwołujący niemalże całość argumentacji dotyczącej tych zarzutów, ujął w zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty, który to zarzut na etapie rozprawy został przez Odwołującego cofnięty. Powyższą czynność Odwołującego należy uznać za zasadną, gdyż niedopuszczalne jest orzekanie o rażąco niskiej cenie oferty, kiedy ustalenia w tym zakresie nie zostały poprzedzone czynnością Zamawiającego - wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Przenosząc odpowiednią część argumentacji mającej uzasadniać rażąco niską cenę oferty dla uzasadnienia podniesionego zarzutu braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Izba uznała, że zarówno przedstawiona argumentacja jak i okoliczności faktyczne nie wskazują, że cena oferty Przystępującego może być oceniona jako rażąco niska, a tym samym zaistniała podstawa do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Wskazać należy, że cena oferty Przystępującego zaproponowana w przedmiotowym postępowaniu wynosiła: 3 117 422,70 zł. W stosunku do limitu, jaki wyznaczył na to zadanie Zamawiający w kwocie 3 441 859,80 zł stanowiło to 90,57%. Porównując także cenę oferty Przystępującego do kolejnych cen innych wykonawców, w tym w szczególności oferty Odwołującego, wartość oferty Przystępującego w stosunku do ceny Odwołującego stanowi ok. 97,17% wartości tej oferty. Kolejny wykonawca Przedsiębiorstwo Zamówień Publicznych-Z. Leśniak sp. j. złożyło ofertę jedynie w zakresie zadania 1 za cenę 2 666 371,40 zł, co stanowiło 98,82% ceny Zamawiającego, 106,67% ceny Odwołującego, oraz 109,99% ceny Przystępującego.

Odwołujący próbował uzasadniać zbyt niskie wyznaczanie oferty Przystępującego odwołując się do sprawozdania biegłego rewidenta za rok 2016/2017 określającego rentowność na sprzedaży urządzeń przez Komputronik Biznes. Taka argumentacja, zdaniem Izby w żaden sposób nie może potwierdzać zasadności zarzutu o potrzebie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty w zakresie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek dowodu, który w sposób kategoryczny i definitywny wskazywałby, że zaoferowana przez Przystępującego cena za wykonanie zamówienia może być rażąco niska i tym samym zachodzą podstawy do wezwania takiego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Nie wykazano także poza próbą zasiania wątpliwości, iż za zaoferowaną cenę Przystępujący nie będzie w stanie wykonać zamówienia. Okoliczność, że dany wykonawca ze względu na prowadzoną działalność gospodarczą może zaoferować cenę niższą niż inni wykonawcy nie jest dowodem na to, że cena takiego wykonawcy jest ceną rażąco niską, albo została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. Tym samym brak jest także podstaw do przyjęcia, że Przystępujący oferując wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji mającej na celu eliminację innych wykonawców z tego rynku zamówień. Nie znalazły żadnego potwierdzenia w materiale dowodowym twierdzenia Przystępującego, że ten dopuścił się w ofercie manipulowania cenami, polegającymi na tym, że Przystępujący celowo zaoferował wartości poniżej realnych kosztów wykonania dostaw w pozycjach, w który ocenił, iż Zamawiający zakupi mniej przedmiotów niż podano w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut i żądanie Odwołującego w zakresie nie

udostępnienia Odwołującemu treści protokołu postępowania wraz z załącznikami. Izba dała

wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego - które nie zostały na etapie rozprawy zakwestionowane przez Odwołującego, że pismo z dnia 25.04.2018 r. przesłane emailiem do Zamawiającego o udostępnienie ww. dokumentów podpisane zostało przez radcę prawnego K. P., Treść pisma nie wskazywała, że wniosek złożony został w imieniu Odwołującego. Do pisma nie zostało dołączone żadne pełnomocnictwo. Tym samym Zamawiający nie miał wiedzy, aby domniemywać, że wniosek został złożony w imieniu Odwołującego.

Izba uznała, że Odwołujący celem zapoznania się z dokumentacją postępowania winien skierować odpowiedni- nie zawierający braków formalnych wniosek do Zamawiającego. Izba wskazuje, że jeśli występują uzasadnione problemy techniczne z możliwością przekazania dokumentacji rysunków technicznych w formie elektronicznej, to zapoznanie z taką dokumentacją winno mieć nastąpić w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała zarzuty odwołania za nieudowodnione i tym samym odwołanie zostało oddalone. Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący.....