

Sygn. akt: KIO 734/19

WYROK
z dnia 17 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **S.C., prowadzącego w Biłgoraju działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Actio”, S.C.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Kalinowicach**

przy udziale wykonawcy **Cezar C.M. i P.G. sp. z o.o. w Radomiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **S.C., prowadzącego w Biłgoraju działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Actio”, S.C.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S.C., prowadzącego w Biłgoraju działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Actio”, S.C.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Kalinowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz sprzętu elektronicznego dla szkół w Gminie Zamość” w ramach RPO WL na lata 2014-2020.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 stycznia 2019 r. , nr 2019/S 018-037950.

12 kwietnia 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy S.C., prowadzącemu w Biłgoraju działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Actio”, S.C., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o uznaniu oferty złożonej przez odwołującego za nieważną na podstawie odrębnych przepisów oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Cezar C.M. i P.G. sp. z o.o. w Radomiu, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) czynności prowadzenia przez zamawiającego negocjacji z przystępującym co do treści złożonej oferty,
- 4) czynności faktycznego odrzucenia swej oferty,
- 5) zaniechania czynności podania uzasadnienia prawnego uznania oferty odwołującego za nieważną,
- 6) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 7) ewentualnie – zaniechania czynności unieważnienia postępowania,

odwołujący wniósł 23 kwietnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że oferta ta nie jest zgodna z treścią SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, że przystępujący nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego,
- 3) art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp przez prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z przystępującym co do treści jego oferty,

- 4) art. 93 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego uznania oferty odwołującego za nieważną,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez faktyczne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta ta jest zgodna z ustawą,
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą oferty przystępującego,
- 7) ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że zamawiający zasadnie uznał za nieważną ofertę odwołującego, zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego,
- 3) unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty przystępującego,
- 4) uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą,
- 5) ewentualnie - w przypadku uznania przez Izbę, że zamawiający zasadnie uznał za nieważną ofertę odwołującego, nakazania unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 - zaniechania odrzucenia oferty Cezar pomimo, że jest niezgodna z SIWZ – w pkt 1, odwołujący wskazał na „brak deklaracji zgodności CE”. Odwołujący wywiódł, że na stronie 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia ("OPZ") Zamawiający zawarł wymaganie: "*Wszystkie niżej wymienione sprzęty muszą posiadać deklarację zgodności CE*".

Z kolei załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy, w § 3 ust. 4, str. 3, stanowi: "*Wykonawca zapewnia, że dostarczony sprzęt jest fabrycznie nowy, kompletny i sprawny, nie posiada wad fizycznych i prawnych oraz został wprowadzony do obrotu zgodnie z aktami prawnymi wdrażającymi Dyrektywy Nowego Podejścia co potwierdza oznaczenie CE, zgodnie z ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1226) oraz rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz. U. 2016 Nr poz. 806).*"

- 2) Tymczasem w swojej ofercie Cezar zaoferował produkty, które nie posiadają tej zgodności tj.:

W tym miejscu uzasadnienie faktyczne na str. 3 odwołania zostało przerwane. Na stronie 4 uzasadnienia faktycznego odwołania odwołujący wskazał, co następuje:

podstawie dokumentacji sporządzonej przez producentów podzespołów. użytych do produkcji ww. wyrobu, 2. W oparciu o pozytywne wyniki badań" rodzi wątpliwości co do

faktycznego wykonania stosownych badań w odniesieniu do oferowanych przez Cezar produktów oraz dokonaniu oceny zgodności przez którąkolwiek z posiadających ku temu kompetencji notyfikowanych jednostek certyfikujących.

5) zdaniem Odwołującego na rynku nie istnieją produkty zaoferowane przez Cezar w pozycjach 7, 9, 13, 19 i 20 tabeli w formularzu ofertowym, a nazwy tych produktów zostały stworzone przez Cezar wyłącznie na potrzeby Postępowania.

W pkt 2 uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołujący wskazał na niedookreślenie modelu produktu oferowanego przez przystępującego. Odwołujący podniósł, że w tabeli znajdującej się w formularzu ofertowym przystępujący wskazał na produkty takie jak:

- A. model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 1),
- B. model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 2),
- C. model laptopa Dell Vostro 3578 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 3),
- D. model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 4),
- E. model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 5),
- F. model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 6),
- G. model CX921de + MarkNet WiFi „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 8),
- H. model IQ Touch J.2 4K 65 + statyw na kółkach + pisak „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 12),
- I. model CZR ClimaPro 15HD „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 20),
- J. model Lexmark C748DE + MarkNet WiFi „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 24).

Odwołujący wywiódł, że czytając nazwy produktów zaoferowanych przez przystępującego, nie można się zorientować, jakie konkretnie (o jakich parametrach) produkty zaoferował przystępujący. Zwrot „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami zamawiającego” wskazuje, że takich konfiguracji może być wiele. Zdaniem odwołującego przystępujący nie sprecyzował modelu danego urządzenia, a zamawiający został pozbawiony możliwości samodzielnej, niezależnej weryfikacji, czy dany produkt spełnia wymogi SIWZ. Odwołujący argumentował, że w szczególności w pozycjach 1, 2, 4, 5 i 6

przystępujący zaoferował laptop „Lenovo IdeaPad 330-15”. Tymczasem już pobieżna lektura treści znajdujących się w internecie wskazuje, że pod tym oznaczeniem występuje co najmniej kilka różnych laptopów, o różnych parametrach i cenach. Przykładowo, na stronie <https://www.swiat-laptopow.pl/lenovo-ideapad-330-15?s=lenovo+ideapad+330-15&> (której wydruk załączył do odwołania) można kupić 5 różnych laptopów, z których każdy jest laptopem Lenovo IdeaPad 330-15.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie powinien poprzestać na zapewnieniach przystępującego, że oferowany przez niego model spełnia wymogi SIWZ, ale samodzielnie dokonać takiej weryfikacji. Otrzymałszy ofertę z tak ogólnym oznaczeniem oferowanych mu laptopów nie dostał jednak takiej możliwości, gdyż nawet w ww. sklepie internetowym można nabyć różne komputery oznaczone jako Lenovo IdeaPad 330-15.

Zdaniem odwołującego potwierdzeniem niedoprecyzowania modelu oferowanych laptopów było wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z 12 kwietnia 2019 r., w którym zamawiający zażądał od przystępującego odpowiedzi na pytanie „czy zaoferowane przez Państwa komputery przenośne (laptopy) posiadają powłokę matrycy matową lub antyrefleksyjną zgodnie z wymaganiami Zamawiającego?”.

Według odwołującego formularz ofertowy wraz ze znajdującym się w nim wykazem oferowanych produktów jest essentialia negotii oferty wykonawcy. To na jego podstawie zamawiający ocenia, czy oferta danego wykonawcy jest merytorycznie zgodna z treścią SIWZ. Zapoznając się z treścią wykazu produktów, zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, który konkretnie produkt z oferty danego producenta zaoferował mu dany wykonawca. Wszelkie niedookreślenia stanowią o niezgodności oferty z SIWZ, gdyż oferta wykonawcy ma być zgodna z treścią SIWZ już w dniu składania ofert, a nie naprawiana w wyniku składania wyjaśnień w toku postępowania.

W dalszej kolejności odwołujący przedstawił uzasadnienie faktyczne dla zarzutu nr 2 odnoszącego się do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że pismem z 5 kwietnia 2019 r., opierając się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia deklaracji zgodności dla ekranu dotykowego Returnstar IQ Touch. Wywiódł, że przystępujący nie uzupełnił żądanego dokumentu zamiast niego przedstawiając oświadczenie p. K.B. - Kierownika Działu Handlowego Dreamtec Sp. z o.o., jakoby deklaracja zgodności dedykowana dla ww. modelu nie istniała. Pomimo, że p. B. nie jest osobą uprawnioną do wydawania oświadczeń w imieniu Dreamtec sp. z o.o. (domniemanego wyłącznego dystrybutora ekranu dotykowego Returnstar IQ Touch), zamawiający przyjął wyjaśnienia przystępującego. Tymczasem konsekwencją niezastosowania się do wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest konieczność

odrzućenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3, odnoszącego się do prowadzenia negocjacji co do treści oferty przystępującego, odwołujący podniósł, że w toku postępowania zamawiający wielokrotnie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień. W szczególności, pismem z 11 marca 2019 r. zamawiający zażądał od przystępującego wyjaśnień co do produktów przez niego zaoferowanych. Wywiódł, że takie wezwanie należy uznać za niedopuszczalne - zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na nieusuwalną niezgodność jego oferty z SIWZ, a nie do wzywania przystępującego do wyjaśnień. Podobnie w piśmie z 12 kwietnia 2019 r., w którym zamawiający zażądał od przystępującego informacji na temat posiadania przez zaoferowane przez przystępującego laptopy matrycy matowej lub antyrefleksyjnej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4, odnoszącego się do zaniechania podania uzasadnienia prawnego uznania oferty odwołującego za „nieważną”, odwołujący podniósł, że w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert” zamawiający ograniczył się tylko do lakonicznej informacji odnośnie oferty odwołującego. Zamawiający podał informację: *„oferta nieważna - Wykonawca złożył ofertę tylko w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego zamiast w formie elektronicznej. Od 18 października 2018 roku obowiązuje elektroniczacja zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”* Odwołujący wywiódł, że tym samym zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego niewzięcia oferty odwołującego pod uwagę podczas oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5, odnoszącego się do uznania oferty odwołującego za „nieważną” odwołujący wskazał, że przyczyną uznania oferty odwołującego za nieważną i w konsekwencji niewzięcie jej przez zamawiającego pod uwagę podczas oceny ofert było złożenie jej przez odwołującego w formie pisemnej. Zgodnie z informacją od zamawiającego przekazaną po wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący powinien złożyć ofertę w formie elektronicznej. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z utartą linią orzecniczą KIO, wszelkie niejasności SIWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Takie niejasności występują w SIWZ w postępowaniu, ponieważ sam zamawiający - autor SIWZ wskazał m.in. *„13.4. Oferta wraz z załącznikami musi być sporządzona czytelnie”, „13.5. Wszelkie zmiany nanesione przez Wykonawcę w treści oferty po jej sporządzeniu muszą być parafowane przez Wykonawcę”, „13.7. Jeżeli osoba (osoby) podpisująca ofertę (reprezentująca Wykonawcę lub Wykonawców występujących wspólnie) działa na podstawie pełnomocnictwa, pełnomocnictwo to w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza musi zostać dołączone do oferty”. „Zaleca się, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były trwale spięte i oddzielone od pozostałej (jawnej)*

części oferty". Zdaniem odwołującego analiza przywołanej treści SIWZ wskazuje, że sam zamawiający w przywołanych zapisach zezwolił na złożenie oferty w formie pisemnej. Nawet jeżeli w innych miejscach w SIWZ zamawiający wspominał o złożeniu oferty w formie elektronicznej, to nie zmienia to faktu, że zacytowane wyżej fragmenty SIWZ również są jej częścią, a co za tym idzie, obowiązują wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutów nr 6 i 7, dotyczących niedokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie - zaniechanie unieważnienia postępowania, odwołujący podniósł, że jedyną prawidłową ofertą w postępowaniu była oferta odwołującego. Zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego i wybrać ofertę odwołującego. Ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że żądanie unieważnienia decyzji zamawiającego o nieważności oferty odwołującego jest niezasadne, zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania, gdyż wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi oraz w trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Cezar C.M. i P.G. sp. z o.o. w Radomiu. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez przystępującego, protokół z otwarcia ofert z dnia 6 marca 2019 r., wezwanie zamawiającego skierowane go przystępującego do złożenia wyjaśnień z dnia 11 marca 2019 r., wyjaśnienia przystępującego, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z dnia 22 marca 2019 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, oświadczenia i dokumenty załączone przez przystępującego do pisma z dnia 22 marca 2019 r., wezwanie zamawiającego skierowane go przystępującego do uzupełnienia i wyjaśnienia z dnia 5 kwietnia 2019 r., wyjaśnienia przystępującego, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego skierowane go przystępującego do uzupełnienia i wyjaśnienia z dnia 11 kwietnia 2019 r., wyjaśnienia przystępującego, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wraz z załącznikiem, wezwanie zamawiającego skierowane go przystępującego do uzupełnienia i

wyjaśnienia z dnia 12 kwietnia 2019 r., wyjaśnienia przystępującego, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z 12 kwietnia 2019 r., wydruk ze strony internetowej <https://www.swiat-laptopow.pl/lenovo-ideapad-330-15?s=lenovo+ideapad+330-15&> załączony do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i części odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W piśmie procesowym z dnia 15 maja 2019 r. przystępujący podniósł, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wskazał także, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie terminu ustawowego w części, w jakiej odwołanie skierowane jest wobec czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą.

W uzasadnieniu wniosku przystępujący wskazał, że odwołujący złożył dokumenty, które miały tworzyć ofertę jedynie w formie pisemnej. Wywiódł, że postępowanie jest postępowaniem o wartości wyższej niż kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. progi unijne). Argumentował, że zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i postanowieniem pkt 13.11.2 oraz 14.1 SIWZ ofertę należało sporządzić z zachowaniem postaci elektronicznej, podpisać podpisem kwalifikowanym i złożyć za pośrednictwem odpowiedniego formularza. Wywiódł, że odwołujący nie złożył ważnej oferty. Jego sytuację należy uznać za analogiczną z wykonawcą, który nie złożył oferty w ogóle. W konsekwencji należało go uznać za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania. Ponadto przystępujący argumentował, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania wobec czynności uznania swej oferty za odrzuconą odwołujący mógł powziąć wiadomość już w dniu 6 marca 2019 r. Wskazał, że w tej dacie zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej protokół z otwarcia ofert, w którym wymienił ofertę odwołującego, z adnotacją „*oferta nieważna złożona tylko w formie papierowej w siedzibie zamawiającego*”. Powyższe miało uzasadniać wniosek o częściowe odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wniosek przystępującego okazał się bezzasadny.

Zgodnie z art. 2 a ust. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.*

Z przepisu tego wynika, że wykonawcę należy uznawać za legitymowanego do wniesienia odwołania tak długo, jak długo decyzja o jego wykluczeniu nie stanie się ostateczna. Natomiast przez ostateczne wykluczenie należy rozumieć upływ terminu do wniesienia odwołania lub ostateczne orzeczenie właściwego organu potwierdzające prawidłowość decyzji zamawiającego o wykluczeniu oferenta. Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy „wykluczenie odwołującego” nie miało charakteru ostatecznego. Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2019 r. zawiadomił odwołującego o tym, że uznaje złożoną przez niego ofertę za nieważną. Natomiast odwołujący z takim rozstrzygnięciem się nie zgodził kwestionując 23 kwietnia 2019 r., a więc w ustawowym terminie, czynność zamawiającego polegającą na uznaniu jego oferty za nieważną.

Nie można było przy tym utrzymywać, że odwołującemu upłynął już termin na wniesienie odwołania wobec czynności uznania jego oferty za odrzuconą. Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji i czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.* Ponadto, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podwodach odrzucenia oferty (...)*

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zdaniem Izby informacji podanych w protokole z otwarcia ofert z 6 marca 2019 r. nie można było żadną miarą uznać za wypełnienie obowiązku z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że informacja ta nie została przesłana odwołującemu, lecz jedynie zamieszczona na stronie internetowej. Po drugie, informacja ta nie zawierała jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego, w tym w szczególności podstawy prawnej czynności. W tej sytuacji odwołujący miał prawo oczekiwać na prawidłowe zawiadomienie go o rezultacie badania i oceny jego oferty.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut 1, pkt 1. ppkt 1) i 2) odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sformułował poprawnie zarzutu. Odwołujący w treści zarzutu przywołał jedynie postanowienia SIWZ z którymi miała być niezgodna treść oferty przystępującego, wskazując na postanowienia ze str. 1 załącznika 1 do SIWZ i § 3 ust. 4 str. 3 wzoru umowy. W postanowieniach tych zamawiający wskazał, że oferowane sprzęty muszą posiadać deklarację zgodności CE i posiadać oznaczenie CE. W dalszej części zarzutu odwołujący wywiódł, że są takie produkty w ofercie przystępującego, które wskazanych wymogów nie spełniają. Odwołujący na str. 3 odwołania w pkt 1. ppkt 2) rozpoczął wywód, że w ofercie przystępującego znajdują się jakieś produkty, które nie posiadają tej zgodności, po czym rozpoczął ich wymienianie używając słowa „tj.:”. Jednakże nie zamieścił w odwołaniu dalszej części wywodu, prawdopodobnie wskutek pominięcia jednej ze stron przy składaniu odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że wskutek niekompletności odwołania, nie może się odnieść do tak opisanego zarzutu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Odwołujący ewidentnie zamierzał wskazać, które z produktów zaoferowanych przez przystępującego nie posiadają deklaracji zgodności CE. Prawdopodobnie wskutek niezłożenia jednej strony odwołania zarzut nie został rozwinięty w stopniu umożliwiającym jego rozpoznanie. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Wobec niedoprecyzowania jaka konkretnie część oferty przystępującego jest sprzeczna z przywołanymi postanowieniami SIWZ, zarzut należało uznać za bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut 1, pkt 1. ppkt 5) odwołania.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu nr 1, w pkt 1. ppkt 5) (str. 4 odwołania) odwołujący podniósł, że na rynku nie istnieją produkty zaoferowane przez przystępującego w pozycjach 7, 9, 13, 19, i 20 formularza oferty, a nazwy tych produktów zostały stworzone na potrzeby konkretnego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na wyjaśnienia przystępującego, w których wykonawca – w odniesieniu do produktów zaoferowanych w ww. pozycjach wskazał, że jest ich producentem i złożył dla nich deklaracje zgodności.

Przystępujący w trakcie rozprawy zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, oświadczając, że ww. produkty istnieją.

Izba ustaliła, że przystępujący w formularzu ofertowym zaoferował następujące produkty:

- 1) poz. 7 – dedykowane urządzenie umożliwiające ładowanie – producent Cezar sp. z o.o., model CZR MPU – 25,

- 2) poz. 9 – drukarka 3D – producent Cezar sp. z o.o., model: CZR designer 3D 250 GV,
- 3) poz. 13 – cyfrowy system pomiarowy – producent: Cezar sp. z o.o., model CZR Eureka TAB EDU 8,
- 4) poz. 19 – zasilacz UPS – producent Cezar sp. z o.o., model CZR 1000 VA-PTC,
- 5) poz. 20 – klimatyzator – producent Cezar sp. z o.o., model CZR ClimaPro 15 HD.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 11 marca 2019 r. zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie czy przystępujący jest producentem produktów z poz. 7, 9, 13.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył wyjaśnienia, że jest producentem ww. urządzeń.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 22.03.2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia deklaracji zgodności CE m.in. dla ww. produktów.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący przy piśmie z dnia 22 marca 2019 r. złożył deklaracje zgodności dla wszystkich ww. produktów (por. deklaracje zgodności z dnia 18.06.2018 r, 20.07.2018 r., 21.03.2018 r., 09.02.2018 r. i 19.11.2018 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Stwierdzono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 11 marca 2019 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, w których odnosząc się do pozycji 7, 9, 13, wyjaśnił w ślad za formularzem oferty, że jest producentem wskazanych urządzeń. Stanowisko to podtrzymał w trakcie rozprawy. Ponadto wykonawca dysponował i złożył zamawiającemu wymagane deklaracje zgodności. Co istotne, deklaracje zgodności dla spornych produktów zostały wystawione przed terminem składania ofert, który upłynął 6 marca 2019 r. Powyższe oznaczało, że produkty zostały wprowadzone do obrotu znacznie wcześniej niż termin składania ofert.

Wzięto także pod uwagę, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu z czego wywodzi, że ww. produkty nie istnieją. Ponadto na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów, pomimo, że to na nim spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*. W tej sytuacji zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut 1, pkt 2. odwołania.

W zarzucie 1 pkt 2 odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu

niedookreślenia modelu produktu oferowanego przez przystępującego w pozycjach 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12, 20, 24 formularza ofertowego.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 1a do SIWZ zawarł opis przedmiotu zamówienia w pozycjach m.in. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12, 20, 24. Przedmiotem zamówienia w tych pozycjach były odpowiednio:

- 1) Pozycja 1 - Przenośny komputer dla ucznia z oprogramowaniem,
- 2) Pozycja 2 - Przenośny komputer dla ucznia niepełnosprawnego z oprogramowaniem – Autyzm,
- 3) Pozycja 3 - Przenośny komputer dla ucznia niepełnosprawnego z oprogramowaniem – wada słuchu,
- 4) Pozycja 4 - Przenośny komputer dla ucznia niepełnosprawnego z oprogramowaniem – Asperger,
- 5) Pozycja 5 - Przenośny komputer dla ucznia niepełnosprawnego z oprogramowaniem – niepełnosprawność ruchowa,
- 6) Pozycja 6 - Przenośny komputer dla nauczyciela z oprogramowaniem,
- 7) Pozycja 8 - Sieciowe urządzenie wielofunkcyjne,
- 8) Pozycja 12 – Ekran dotykowy,
- 9) Pozycja 20 – klimatyzator,
- 10) Pozycja 24 – Drukarka specjalistyczna.

Zamawiający w załączniku nr 1a do SIWZ opisał przedmiot zamówienia w ww. pozycjach poprzez wskazanie znacznej liczby właściwych cech technicznych (wymaganych parametrów technicznych).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ (wzór formularza ofertowego), w kolumnie 2, nałożył na wykonawców obowiązek podania nazwy producenta i modelu dla produktów z ww. pozycji formularza ofertowego wraz z „niektórymi, wybranymi parametrami”. Zamawiający określił we wzorze formularza owe „niektóre, wybrane parametry”.

Ustalono również, że przystępujący złożył wypełniony przez siebie wzór formularza ofertowego. Przystępujący w formularzu ofertowym podał nazwę producenta dla wszystkich oferowanych przez siebie produktów. Podał także informację na temat oferowanych przez siebie parametrów technicznych tych urządzeń, w szczególności określonej przez zamawiającego we wzorze formularza ofertowego, w kolumnie „niektóre, wybrane parametry”. Określając model oferowanych urządzeń wskazał:

- 1) model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 1),
- 2) model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 2),

- 3) model laptopa Dell Vostro 3578 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 3),
- 4) model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 4),
- 5) model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 5),
- 6) model laptopa Lenovo IdeaPad 330-15 „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 6),
- 7) model CX921de + MarkNet WiFi „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 8),
- 8) model IQ Touch J.2 4K 65 + statyw na kółkach + pisak „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 12),
- 9) model CZR ClimaPro 15HD "w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego" (poz. 20),
- 10) model Lexmark C748DE + MarkNet WiFi „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” (poz. 24).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zasadności ponoszonego przez siebie zarzutu. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający we wzorze formularza oferty wymagał od wykonawców podania informacji o nazwie producenta i modelu oferowanych urządzeń i ujawnienia konkretnie wskazanych, wybranych parametrów technicznych. Zakres szczegółowości danych w ofercie wyznaczył zatem sam zamawiający konstruując w ten a nie inny sposób wzór formularza oferty, jaki mieli wypełnić wykonawcy. Wzięto przy tym pod uwagę, że zamawiający nie sprecyzował co należy rozumieć pod pojęciem „model produktu”. Jeżeli zatem producent pod pojęciem „model produktu” przewidział różne konfiguracje, to nie można było z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy.

Co więcej jednak, przystępujący mając świadomość istnienia różnych konfiguracji, w każdej z pozycji oświadczył, że konfiguracja będzie odpowiadała wymogom SIWZ. Następnie zaś w każdej z kwestionowanych pozycji opisał oferowaną konfigurację, podając dodatkowe parametry techniczne ją charakteryzujące, takie jak wielkość pamięci RAM, wielkość dysku twardego, nazwa procesora, rodzaj karty graficznej itd. Wzięto przy tym pod uwagę, że szczegółowość informacji o konfiguracji odpowiadała dokładnie tej, jakiej oczekiwał zamawiający we wzorze formularza oferty (załącznik nr 3 do SIWZ).

Odwołujący w odwołaniu podniósł przykładowo, że w odniesieniu do pozycji 1, 2, 4, 5 i 6 wykonawca zaoferował laptop Lenovo, Idea Pad 330-15. Wskazał, że można kupić wiele różnych laptopów, z których każdy będzie laptopem Lenovo IdeaPad 330-15. Na dowód powyższego załączył do odwołania wydruk ze strony internetowej swiat-laptopow.pl, zaś w trakcie rozprawy złożył wydruk ze strony internetowej komputronik.pl, będącego kluczowym partnerem firmy Lenovo (vide wydruk ze strony lenovo.com.pl złożony przez odwołującego).

Na podstawie ww. dowodów Izba stwierdziła, że rzeczywiście laptop Lenovo IdeaPad 330-15 występuje w wielu konfiguracjach, różniących się między sobą wielkością pamięci RAM, dysku twardego, rodzajem procesora i karty graficznej. Uszło jednak uwadze odwołującego, że przystępujący podał w swym formularzu oferty wyraźnie parametry dotyczące oferowanej konfiguracji, obejmujące te elementy. Nie można było zatem utrzymywać, że przystępujący będzie miał dowolność w doborze konfiguracji laptopów.

Nie świadczyła o niedoprecyzowaniu modelu urządzenia okoliczność, że zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2019 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia, czy zaoferowane przez wykonawcę komputery przenośne (laptopy) posiadają powłokę matrycy matową lub antyrefleksyjną. Rzeczywiście zamawiający w OPZ (załącznik 1a do SIWZ) wymagał, aby niektóre laptopy posiadały taką powłokę matrycy. Na tak udzielone zapytanie przystępujący odpowiedział, że zaoferowane przez niego komputery przenośne (laptopy) posiadają powłokę matrycy antyrefleksyjną zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wyraźnego oświadczenia co do rodzaju oferowanej powłoki matrycy w formularzu ofertowym. Na powyższe wyraźnie wskazywał wzór formularza ofertowego, jaki wypełnić mieli wykonawcy (załącznik nr 3 do SIWZ). W kolumnie 2 wzoru formularza ofertowego zamawiający przewidział obowiązek ujawnienia przedmiotu zamówienia „wraz z niektórymi, wybranymi parametrami”. Wśród nich próżno było jednak szukać parametru - rodzaju powłoki matrycy.

Nie można było także utrzymywać, że przystępujący w wyniku złożonych wyjaśnień z 12 kwietnia 2019 r. zmienił swą ofertę. W formularzu ofertowym złożonym przez przystępującego, w pozycjach dotyczących laptopów, nie znajdowała się informacja o rodzaju oferowanej matrycy, gdyż – jak wskazano wcześniej - nie było takiego obowiązku. O słuszności zarzutu można byłoby mówić w sytuacji, gdyby w swym formularzu przystępujący ujawnił informacje o rodzaju matrycy, świadczące o jej niezgodności z SIWZ. Wtedy rzeczywiście udzielone wyjaśnienia zmieniłyby ofertę po terminie składania ofert, a korespondencja zamawiającego z przystępującym stanowiłaby niedozwolone negocjacje z wykonawcą. Z sytuacją taką nie mieliśmy jednak do czynienia w analizowanej sprawie.

Ponadto w ofercie znajdowała się adnotacja „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami zamawiającego”, która odnosiła się – w okolicznościach danej sprawy – do spełnienia

innych, niewymienionych wyraźnie w formularzu parametrów technicznych, a zatem i powłoki matrycy. Udzielone wyjaśnienia nie pozostawały w sprzeczności z tą adnotacją, przeciwnie, stanowiły jej potwierdzenie.

Bezzasadne było powołanie się przez odwołującego na okoliczności odrzucenia przez zamawiającego ofert w poprzednim unieważnionym postępowaniu, dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie odwołujący powołał się na zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11.10.2018 r., które złożył w charakterze dowodu. Z dowodu tego wynikało, że zamawiający istotnie odrzucił ofertę odwołującego i wykonawcy Tomasza Wrońskiego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. jednakże powodem odrzucenia było niepodanie przez obu wykonawców nazwy producenta i nazwy modelu oferowanych urządzeń. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w przypadku oferty przystępującego złożonej w tym postępowaniu. Wykonawca ten podał zamawiającemu nazwę producenta, określił model urządzenia, złożył oświadczenie, że konfiguracja modelu będzie zgodna z SIWZ, oraz ujawnił informacje o oferowanej konfiguracji w szczególności oczekiwanej przez zamawiającego. Nie można zatem utrzymywać, że produkty zaoferowane przez przystępującego w tym postępowaniu są nieidentyfikowalne.

Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut należało uznać za chybiony.

Za chybiony uznano zarzut nr 2 odwołania.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale 8, w pkt 8.7.3 lit. b SIWZ wskazał, że na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, wśród których wymieniono: *deklaracje zgodności CE dla wszystkich zamawianych urządzeń*.

Ustalono ponadto, że przystępujący w poz. 12 formularza ofertowego zaoferował ekran dotykowy producenta Returnstar model IQ Touch J.2 4K 65.

Ustalono również, że pismem z dnia 22 marca 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia dokumentów, wymienionych w rozdziale 8 SIWZ.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył deklarację zgodności z dnia 30 stycznia 2015 r. dla IQ Touch Screen (ekranu dotykowego IQ z wifi).

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Wskazał w pkt 3 pisma, że „wykonawca przesłał zamawiającemu deklarację zgodności dla ekranu dotykowego Returnstar IQ Touch, jednak

nie obejmuje ona modelu zaproponowanego przez wykonawcę w ofercie. Proszę o wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentu”.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że przesłana deklaracja zgodności CE dla ekranu dotykowego Returnstar IQ Touch obejmuje całą serię produktów IQ Touch, w tym także zaoferowany model IQ Touch J.2 4K 65.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Wskazał, że deklaracja jest z 2015 r., natomiast podany w ofercie model jest późniejszy (z 2019 r.). Przesłana deklaracja nie obejmuje modelu LE062MD.2, który przystępujący zaoferował.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył pismo, w którym wyjaśniał, iż *„deklaracja zgodności jest dokumentem wystawianym dla całej serii produktów, nie zaś konkretnego egzemplarza. Deklaracja zgodności ma charakter otwarty, i jeśli nie zaznaczono inaczej lub w międzyczasie nie cofnięto deklaracji dotyczy ona wszystkich modeli w danej serii, w tym także skonfigurowanych po dacie wystawienia deklaracji. Przedmiotowy dokument (zgodnie z jego nazwą) ma charakter deklaracji, czyli zobowiązania producenta do tego, iż wprowadzany do obrotu towar spełnia wymagania norm bezpieczeństwa i pokrewnych mających dla niego zastosowanie.”*.

Do pisma załączono oświadczenie z 11 kwietnia 2019 r. pana K.B. – kierownika działu handlowego firmy Dreamtec sp. z o.o. we Wrocławiu. W oświadczeniu tym pan K.B. wskazał, że *deklaracja zgodności jest dokumentem wystawianym dla całej serii produktów, nie zaś konkretnego egzemplarza. Deklaracja zgodności ma charakter otwarty i jeśli nie zaznaczono inaczej lub w międzyczasie nie cofnięto deklaracji, dotyczy ona wszystkich modeli w danej serii, w tym także skonfigurowanych po dacie wystawienia deklaracji. Przedmiotowy dokument (zgodnie z jego nazwą) ma charakter deklaracji, czyli zobowiązania producenta do tego, iż wprowadzany do obrotu towar spełnia wymagania norm bezpieczeństwa i pokrewnych mających dla niego zastosowanie. (...) Ponadto wyjaśniamy, że oznaczenie J.2 oraz 2019 Edition są tylko naszymi oznaczeniami handlowymi dla ułatwienia identyfikacji konfiguracji monitora, gdyż fabryczne oznaczenie modelu przez producenta pozostało bez zmian.”*.

Na podstawie informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS, złożonego przez odwołującego w trakcie rozprawy ustalono, że pan K.B. nie został ujawniony jako osoba uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu Dreamtec sp. z o.o. we Wrocławiu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W pierwszej kolejności należało wyjaśnić, że odwołujący przedstawił w odwołaniu błędną kwalifikację prawną naruszenia. Odwołujący wywiódł, że oferta przystępującego wskutek niezłożenia pomimo wezwania wymaganej deklaracji zgodności dla ekranu dotykowego Returnstar IQ Touch powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, to jest jako pochodząca od wykonawcy, podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Uszło uwadze odwołującego, że skutkiem niezpełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (tzw. dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a nie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tak jak wywodził odwołujący.

W dalszej kolejności należało odnieść się do podstawy faktycznej zarzutu sformułowanego w odwołaniu. Izba stwierdziła, że zarzut opisany w odwołaniu sprowadzał do tego, że – zdaniem odwołującego - zamawiający nie powinien brać pod uwagę oświadczenia p. K.B. – kierownika działu handlowego Dreamtec sp. z o.o. Odwołujący wywiódł bowiem, że p. B. nie jest osobą uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu ww. spółki.

Izba stwierdziła, że z treści informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dla Dreamtec sp. z o.o. we Wrocławiu wynikało, że rzeczywiście pan B. nie został ujawniony jako osoba uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu tej spółki. Brak możliwości przypisania złożonego oświadczenia woli firmie Dreamtec sp. z o.o. nie oznaczał jeszcze, że zamawiający zobowiązany był pominąć złożony mu dowód. Sporne oświadczenie można było potraktować jako oświadczenie woli samego pana K.B., z uwzględnieniem okoliczności, że jest on kierownikiem działu handlowego Dreamtec sp. z o.o. Oświadczenie to można było również potraktować jako oświadczenie wiedzy, które jest definiowane jako nauce prawa jako „zdarzenie polegające na przekazaniu przez podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom”.

Izba nie oceniała natomiast prawidłowości deklaracji zgodności dla produktów Returnstar IQ Touch Screen z 30 stycznia 2019 r. złożonej przez przystępującego przy piśmie z dnia 22 marca 2019 r. Fakt złożenia tego dokumentu i jego treść uszły uwadze odwołującego. W szczególności odwołujący we wniesionym odwołaniu w żadnym zakresie nie zakwestionował tego dokumentu.

Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut odwołującego o takim zakresie, jak opisano w odwołaniu, nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Za chybiony uznano zarzut nr 3 odwołania.

Uzasadniając zarzut odwołujący wskazał, że za niedopuszczalne należało uznać wezwania do złożenia wyjaśnień, jakie zamawiający skierował do przystępującego w pismach z dnia 11 marca 2019 r. i z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Ustalono, że zamawiający pismem z dnia 11 marca 2019 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji 2, 3, 4, 5, 7, 9, 13, 23 formularza ofertowego.

Ustalono także, że pismem z dnia 12 kwietnia 2019 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowane przez przystępującego komputery przenośne (laptopy) posiadają powłokę matrycy matową lub antyrefleksyjną zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania o oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba stwierdziła, że odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nie wskazał, dlaczego oba wezwania do złożenia wyjaśnień należało uznać za niedozwolone negocjacje z przystępującym. W szczególności nie zarzucił, ani nie wyjaśnił czy, a jeżeli tak to w jaki sposób, złożone wyjaśnienia miały doprowadzić do zmiany oferty po jej złożeniu.

W wezwaniu z dnia 12 kwietnia 2019 r., zamawiający poprosił przystępującego o wyjaśnienia na temat rodzaju powłoki matrycy w zaoferowanych laptopach. Jak wyjaśniono wcześniej, zamawiający miał prawo, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do rodzaju oferowanej powłoki matrycy w laptopach. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający nie wymagał podania w formularzu oferty informacji o rodzaju oferowanej powłoki matrycy. Wykonawca zatem takiej informacji nie zamieścił w ofercie. Co istotne, przystępujący nie podał także w formularzu ofertowym, że oferuje powłokę matrycy niezgodną z wymogami SIWZ. Przeciwnie, wykonawca zamieścił w formularzu ofertowym wzmiankę, że oferuje urządzenia „w konfiguracji zgodnej z wymaganiami zamawiającego”. Wzmianka ta, jak wskazano wcześniej, odnosiła się do wszystkich parametrów technicznych, niewymienionych wprost w treści formularza, a więc również do wymaganej powłoki matrycy. W tej sytuacji, złożone wyjaśnienia, w których

wykonawca wskazał, że zaoferowane laptopy posiadają powłokę matrycy antyrefleksyjną nie prowadziły do zmiany treści oferty przystępującego.

Nie można było uznać za niedozwolone negocjacje i zmianę treści oferty wyjaśnień udzielonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 marca 2019 r. W wezwaniu tym generalnie zamawiający poprosił wykonawcę o potwierdzenie danych, wynikających wprost z formularza ofertowego. Przykładowo odnośnie pozycji 2, 3, 4, 5 7, 9, 13 formularza zamawiający poprosił wykonawcę o potwierdzenie czy rzeczywiście przystępujący jest producentem urządzeń i oprogramowania zaoferowanego w tych pozycjach. Udzielone wyjaśnienia nie doprowadziły do zmiany oferty przystępującego. W swym piśmie przystępujący potwierdził, iż jest producentem wskazanych urządzeń i oferowanego oprogramowania, które to informacje wynikały z treści formularza oferty.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za chybiony.

Za zasadny uznano zarzut nr 4 odwołania.

Uzasadniając zarzut odwołujący wskazał, że zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego niewzięcia oferty odwołującego pod uwagę podczas badania ofert.

Ustalono, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu ofert (pismo z dnia 12 kwietnia 2019 r.) zamawiający w odniesieniu do oferty odwołującego ograniczył się do powiadomienia go, że *oferta odwołującego jest nieważna, gdyż wykonawca złożył ofertę tylko w formie pisemnej w siedzibie zamawiającego zamiast w formie elektronicznej. Od 18 października 2018 r. obowiązuje elektroniczacja zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*”.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, *zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich wykonawców o wykonawcach których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia ofert (...)*

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, że zamawiający w sporządzonym przez siebie zawiadomieniu z dnia 12 kwietnia 2019 r. rzeczywiście podał odwołującemu jedynie uzasadnienie faktyczne swej czynności, nie zamieszczając uzasadnienia prawnego. W szczególności zamawiający nie powołał jakiegokolwiek podstawy prawnej swej czynności, odwołując się jedynie ogólnie do procesu elektroniczacji zamówień publicznych. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym sprawy. Zamawiający z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaniechał czynności podania wykonawcom uzasadnienia prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Za chybiony uznano zarzut nr 5 odwołania.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający dopuścił w SIWZ złożenie oferty w formie pisemnej, a nie tylko w formie elektronicznej. Wywiódł, że nawet jeśli w innych postanowieniach przewidziano złożenie oferty w formie elektronicznej, to wszelkie niejasności SIWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy.

Izba ustaliła, że zamawiający zawarł w SIWZ następujące postanowienia:

13.4 *Oferta wraz z załącznikami musi być sporządzona czytelnie.*

13.5 *Wszelkie zmiany naniesione przez wykonawcę w treści oferty po jej sporządzeniu muszą być parafowane przez wykonawcę.*

13.7 *Jeżeli osoba (osoby) podpisująca ofertę (reprezentująca Wykonawcę lub Wykonawców występujących wspólnie) działa na podstawie pełnomocnictwa, pełnomocnictwo to w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza musi zostać dołączone do oferty.*

13. 10 (...) *Zaleca się, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były trwale spięte i oddzielone od pozostałej (jawnej) części oferty.*

13.11 *Złożenie oferty w postępowaniu*

1. *Wykonawca składa ofertę/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dalej „wniosek” za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępny dla wykonawców na miniPortalu. W formularzu oferty/wniosku Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.*
2. *Oferta/wniosek powinna/powinien być sporządzona/sporzędzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych pdf, doc, .docx, .rtf, .xps, .odt i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*
3. *Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca zastrzeże jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny zostać złożone w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” a następnie wraz z plikami stanowiącymi jawną część skompresowane do jednego pliku archiwum (ZIP).*

5. Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionych również na miniPortalu. Sposób zmiany i wycofania oferty został opisany w Instrukcji użytkownika dostępnej na miniPortalu
6. Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.

Ustalono ponadto, że odwołujący złożył zamawiającemu ofertę w formie pisemnej w jego siedzibie (okoliczność niesporna).

Ustalono również, że postępowanie prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem o wartości przekraczającej tzw. progi unijne (okoliczność niesporna).

Stosownie do art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przepis art. 10 c ustawy Pzp stanowi:

1. Zamawiający może odstąpić od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert, jeżeli:
 - 1) z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia, użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;
 - 2) aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego;
 - 3) użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby specjalistycznego sprzętu, który nie jest dostępny dla zamawiającego;
 - 4) wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, której nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;

5) jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej;

6) jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi lub urządzeń, które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, oferty albo części ofert sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci papierowej i opatruje się własnoręcznym podpisem oraz składa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 oraz z 2018 r. poz. 106, 138, 650, 1118 i 1629), osobiście lub za pośrednictwem pośtańca.

Izba stwierdziła, że w świetle przepisów art. 10a ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp, odwołujący, jak i inni wykonawcy zobowiązani byli sporządzić oferty w formie elektronicznej i przesłać je zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający nie skorzystał z instytucji o której mowa w art.10 c ustawy Pzp i nie odstąpił od ww. wymogów. Regulacje art. 10a ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp zostały uwzględnione przez zamawiającego w rozdziale pkt 13.11 SIWZ zatytułowanym „złożenie oferty w postępowaniu”. W postanowieniach pkt 13.11 SIWZ zamawiający opisał obowiązek sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, opatrzenia jej podpisem kwalifikowanym i złożenia na pomocą określonego formularza na mini portalu. Zamawiający poinformował zatem wykonawców o obowiązku zachowania formy elektronicznej oferty i obowiązku przesłania jej za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Zdaniem Izby nie stały w sprzeczności z obowiązkiem zachowania formy elektronicznej oferty i przesłania jej elektronicznie postanowienia pkt 13.4 i 13.7 SIWZ, na jakie powołał się odwołujący w treści odwołania. Rzeczywiście zamawiający w pkt 13.4 SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym *oferta wraz z załącznikami musi być sporządzona czytelnie*. Dostrzeżenia wymagało, że czytelność może być uznawana także za cechę oferty składanej w formie elektronicznej. Uszło uwadze odwołującego, że oferta mogła być przygotowana w formacie .pdf (vide pkt 13.11 ppk2 SIWZ). Można było zatem dokument wzoru formularza papierowego wypełnić ręcznie, zdigitalizować do formatu .pdf, a następnie opatrzyć podpisem elektronicznym. W tej sytuacji wymóg czytelności sporządzonej oferty okazał się uzasadniony.

W wymóg zachowania formy elektronicznej oferty nie godził także zapis z pkt 13.7 SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający przewidział obowiązek dołączenia do oferty pełnomocnictwa w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Dostrzec należało, że zamawiający w przywołanym postanowieniu nie wypowiedział się o postaci oryginału czy notarialnej kopii pełnomocnictwa. Oryginalność i

kopia są także cechami dokumentów elektronicznych. Nie ma przeszkód aby pełnomocnictwo w oryginale zostało sporządzone w postaci elektronicznej i przesłane zamawiającemu za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Odnośnie zaś kopii pełnomocnictwa, należało przywołać przepis art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie, który reguluje instytucję elektronicznego poświadczenia przez notariusza dokumentu za zgodność z oryginałem.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że rzeczywiście zapisy o parafowaniu zmian ofert z pkt 13.5 SIWZ i zalecenia trwałego spięcia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z pkt 13.10 SIWZ, pozostawały w sprzeczności z wymogami zachowania formy elektronicznej oferty. Niewątpliwie postanowienia te pozostawiono w treści SIWZ wskutek przeoczenia. Świadczyły o tym choćby postanowienia pkt 13.11 ppkt 3 i 5 SIWZ, które regulowały całkowicie odmiennie sposób dokonywania zmian w treści oferty elektronicznej a także sposób wyodrębnienia w odrębnym pliku informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Trudno jednak uznać, aby postanowienia pkt 13.5 i 13.10 SIWZ można było zinterpretować jako wyrażenie przez zamawiającego generalnej zgody na złożenie oferty w formie pisemnej, jak utrzymywał odwołujący.

Podkreślić należało, że postanowienia SIWZ o konieczności zachowania formy elektronicznej oferty z rozdziału 13.11 SIWZ wyraźnie precyzowały zarówno formę złożenia oferty jak i sposób jej przekazania. Ponadto reguły te wynikały z jasnych przepisów Pzp, które odwołujący jako przedsiębiorca, a zatem profesjonalista powinien znać. Wzięto również pod uwagę, że przywołane przez odwołującego postanowienia pkt 13.5 i 13.10 SIWZ dotyczyły okoliczności pobocznych towarzyszących składaniu ofert (parafowania zmian po sporządzeniu oferty i wyodrębniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). W tej sytuacji odwołujący co najwyżej mógłby powołać się na dopuszczalność parafowania czy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w formie pisemnej, a nie na generalne uprawnienie do złożenia oferty w postaci pisemnej. Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut odwołującego należało uznać za uchybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. W rozpoznawanej sprawie nie stwierdzono takiego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które może miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wyrażające się w niepodaniu uzasadnienia prawnego uznania oferty odwołującego za nieważną – w okolicznościach danej sprawy - nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wynikało z rozstrzygnięcia zarzutu nr 5 odwołujący nie zachował wymaganej pod rygorem nieważności formy elektronicznej oferty więc zamawiający nie miał prawa wziąć tej oferty pod uwagę przy ocenie ofert. W tej sytuacji jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu pozostała oferta przystępującego. Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą, zatem wynik postępowania, pomimo dokonanego naruszenia, okazał się prawidłowy, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił odwołujący, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

