

Sygn. akt: KIO 265/21

WYROK
z dnia 21 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Anna Kurowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Europel sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Przemyśl**,

przy udziale wykonawcy **Trias AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu nr 2 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Prawo zamówień publicznych, w części odnoszącej się do: dostawy bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pod) - stanowisko multimedialne I.1 (Recepcja) MON-1, wzmacniacza dźwięku - stanowisko multimedialne VII.4 Mostowa PROJ-4 Głośnik GLO – 4, drukarki DRK wraz z modułem DRK-M - stanowisko multimedialne XIV.1. Apteka, oraz projektora multimedialnego UHD 3D oraz aktywnych okularów 3D - Sala kinowa, a także w zakresie zarzutu nr 3 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych w części dotyczącej pkt 5 i 6 tego zarzutu i nakazuje zamawiającemu Gminie Miejskiej Przemyśl, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Trias AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Miejską Przemyśl** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Europel sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Miejskiej Przemyśl** na rzecz Odwołującego – **Europel sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Przemyśl (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), pn.: Podziemna Trasa Turystyczna w Przemyślu – wyposażenie (znak postępowania: ZP.271.2.1.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 września 2021 r. pod numerem 2021/S 179-465419.

W dniu 31 stycznia 2022 r. wykonawca Europel sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Trias AVI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Trias) jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem poniżej wymienionych przepisów ustawy), a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trias, mimo iż treść oferty nie odpowiada warunkom określonym treści specyfikacji warunków zamówienia:
 - 1) niezgodność oferty Trias z treścią SWZ poprzez zaoferowanie sprzętu, który nie jest zgodny z następującymi wymaganymi parametrami Zamawiającego opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia:
 - a) zaoferowane produkty wskazane w Załączniku nr 1A do SWZ powinny być zgodne z wymaganiami wskazanymi w dokumencie STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) natomiast nie spełniają wymagań w następującym zakresie:
 - Stanowisko multimedialne I.1 Recepcja Stanowisko multimedialne II.1 Młyn MON-1 Monitor 10” z odtwarzaczem typu player zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót Oznaczenie MON-1 iiyama TF1015MC-B2 – monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej PCS DS

NUC7CJYH – player nie posiada wymaganej w zakresie dostawy bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad)

- Stanowisko multimedialne II.2 Młyn Stanowisko multimedialne IV.2 Przystań Stanowisko multimedialne XI.2 Basztowa Stanowisko multimedialne XIV.1 Apteka, MON-8 Monitor min. 31,5” zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Oznaczenie MON-8, iiyama TF3239MSC-B1AG – monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej;
- Stanowisko multimedialne V.1 Wodna Stanowisko multimedialne VII.1 Mostowa Stanowisko multimedialne VIII.2 Rynek Stanowisko multimedialne XI.1 Basztowa Stanowisko multimedialne XV.2 Władycze Stanowisko multimedialne XVIII.1.2 Franciszkańska/Grodzka, MON-4 Monitor LCD o przekątnej min 41’, Oznaczenie MON-4, iiyama TF4339MSC-B1AG – monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej;
- Stanowisko multimedialne V.2 Wodna Stanowisko multimedialne VII.2 Mostowa Stanowisko multimedialne VIII.1 Rynek Stanowisko multimedialne XIII.1 Żydowska, MON-2 Monitor LCD o przekątnej 21’ zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Oznaczenie MON-2, iiyama TF2215MC-B2 – monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej oraz nie posiada żadnego gniazda przyłączeniowego umożliwiającego sterowanie monitorem.
- Stanowisko multimedialne VII.4 Mostowa Głośnik GLO-4 zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót Oznaczenie GLO-4 ID AL Hypersound H3000/EB, ID AL. Hypersound AB2B– zaoferowany zestaw nie posiada wymaganego wzmacniacza, bez tego urządzenia zestaw nie zadziała, wymagana impedancja 10 kOhm wskazuje na wymóg zaoferowania wzmacniacza i jest to typowa właściwość tylko i wyłącznie dla wzmacniacza. Zamawiający w piśmie z dnia 10.11.2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 18 wyraził zgodę na zaoferowanie urządzenia o poniższych parametrach tylko że w kolorze czarnym: Głośnik

kierunkowy GLO4 spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w kolumnie drugiej:

Emiter kierunkowy:

- kąt propagacji nie większy niż: 5°
- pasmo przenoszenia nie mniejsze niż: 300Hz – 15kHz
- zakres dopuszczalnych temperatur pracy nie mniejszy niż: - 20°C -

50°C

- kolor: biały

Wzmacniacz dźwięku:

- zasilanie zewnętrzne 24V
- stosunek sygnał/hałas > 67 dB
- pasmo przenoszenia min. 260 Hz – 15 kHz
- zakres dopuszczalnych temperatur pracy nie mniejszy niż: 0°C - 40°C

Rozwiązanie zaoferowane przez Trias, czyli ID AL Hypersound H3000/EB, ID AL. Hypersound AB2B nie spełnia powyższych parametrów. Brak wymaganego wzmacniacza dźwięku.

- Stanowisko multimedialne XIV.1 Apteka Drukarka DRK wraz z modułem DRK-M1 zgodne ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Oznaczenie DRK-M1 Brother HL-L8260CDW – zaoferowana drukarka nie posiada modułu sterującego w zestawie. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7 pisma Zamawiającego z dnia 21.10.2021 r , Zamawiający informował, że moduł sterujący ma umożliwić komunikację dedykowanego oprogramowania stanowiskowego (aplikacja XIV.A.1) z zainstalowaną drukarką;
- Stanowisko multimedialne XV.1.2 MON-9 Monitor min. 41” zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót Oznaczenie MON-9 iiyama LH4352UHS-B1– monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej oraz w wymagane złącze 1 x VGA D-Sub 15-pin;
- Stanowisko multimedialne VI.1 Pasmantaria MON-7 Monitor LCD o przekątnej min. 54” zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Oznaczenie MON-7 LG 55UH5F-H– monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji

projektowej, co zresztą wykonawca Trias potwierdził w przesłanych kartach katalogowych do tego produktu.

- Stanowisko multimedialne VI.2.1 Pasmateria MON-6 Monitor LCD o przekątnej min. 74” zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót Oznaczenie MON-6 LG 75UH5E– monitor nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej, co zresztą wykonawca Trias potwierdził w przesłanych kartach katalogowych do tego produktu.

Karty katalogowe dotyczące zaoferowanych produktów oznaczonych jako SCR-1 i SCR-3 przedstawiają zdjęcia produktów niezgodnych z opisanymi parametrami w tej karcie katalogowej. Karta katalogowa produktu Ekran Multimedialny Szklany Do Projektji Tylnej Typ SCR-1 zawiera informację: „Zastosowanie: dedykowane do projekcji tylnej/wstecznej”. Na zdjęciu przedstawiono natomiast ekran, na który wyświetlany jest obraz za pomocą przedniej projekcji. Z kolei karta katalogowa produktu Ekran Multimedialny Ramowy Black Typ SCR-3 opisuje projekcyjny ekran ramowy. Na zdjęciu widać jednak monitor/telewizor. Podaje to w wątpliwość, czy opisywane przez Wykonawcę w kartach katalogowych produkty rzeczywiście istnieją (brak danych w Internecie) i czy zostaną spełnione minimalne wymagania Zamawiającego. Na podstawie przedstawionych kart katalogowych nie można stwierdzić co tak naprawdę dostarczy Wykonawca, czy produkt który jest na zdjęciu, czy też produkt zgodny z opisem.

- b) zaoferowane urządzenia wskazane w Załączniku nr 1B do SWZ powinny być zgodne z dokumentem 02.STWiOR - Multimedia_część Muzeum.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) natomiast nie spełniają wymagań w następującym zakresie: Sala kinowa – pozycja 47. Oraz pozycja 50. Z załącznika 1B 47. Projektor multimedialny pozwalający wyświetlić obrazy z rozdzielczością UHD w formacie 3D PROJ-3 zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, oraz wykazem wyposażenia Symbol PROJ-3 Ilość 1 szt. 50. Aktywne okulary 3D GL-3D zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, oraz wykazem wyposażenia Symbol GL-3D Ilość 30 szt. Christie 4K10-HS – zaoferowany projektor nie jest kompatybilny z proponowanymi w pozycji 50. aktywnymi okularami 3D Acer E4W (30 szt.) bez zaoferowania dodatkowego urządzenia, którego nie ma w ofercie.

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Trias, mimo iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ZNKU) z uwagi na:
- 1) Ewidentne, bezprecedensowe i bezprawne wykorzystanie /po zapoznaniu się w dniu 25.11.2021 r./ oferty i kart katalogowych stworzonych i złożonych przez Odwołującą się Spółkę, na etapie postępowania przetargowego.
 - 2) Dołożenie dokumentu Wyjaśnienie M1_Moduł sterujący.pdf z którego wynika, że wymagany moduł dla DRK-M1 zaoferowany jest w systemie zarządzania ekspozycją. Jest to ewidentna próba ukrycia braku zgodności drukarki DRK-M1 z wymogami SWZ i późniejszymi odpowiedziami Zamawiającego. Jest to nielegalna i świadoma zmiana oferty.
 - 3) Przedstawienie karty katalogowej dla GLO-4 o nazwie GLO-4_ ID AL Hypersound H3000_PL.pdf , mimo iż w ofercie w załączniku nr 1a do SWZ wykonawca Trias zaoferował urządzenia ID AL Hypersound H3000/EB, ID AL Hypersound AB2B. Jest to świadome działanie w celu ukrycia tego, że Wykonawca nie zaoferował dla tej pozycji wymaganego wzmacniacza Hypersound H3000/AMP, którego chociażby zaoferował dla głośnika GLO-2 , GLA-3. Trias przedstawił kartę dla całego zestawu, zaś zaoferował sam emitter oraz uchwyt.
 - 4) Dołożenie kart katalogowych o nazwie: Uchwyt_mocowanie systemowe MON-1v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-2v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-4v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-6v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-7v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-8v1.pdf Uchwyt_mocowanie systemowe MON-9v1.pdf Oferent Trias w momencie otrzymania od Zamawiającego oferty Odwołującego się zorientował się, że dla produktów MON-1, MON-2, MON-4, MON-6, MON-7, MON-8, MON-9 nie zaoferował mocowań systemowych umożliwiających montaż monitorów dostosowanych do wagi monitorów i mających możliwość regulacji, które były opisane jako wymóg w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot monitorów o wskazanych symbolach. Dołożenie kart katalogowych, których nie ma w ofercie, nie ma ich wpisanych w formularzu ofertowym wykonawcy, miało na celu ukrycie faktu niespełniania wymogów przez zaoferowane monitory i wprowadzenie w błąd Zamawiającego.
 - 5) Nieuprawnioną zmianę oryginalnej karty katalogowej producenta - karta katalogowa MON1_PCS_DS NUC7CJYH_PL.pdf - poprzez dołożenie do karty informacji o dodatkowym akcesorium w postaci bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad). Zgodnie z odpowiedzią producenta urządzenia firmy Petrosoft.pl, karta katalogowa Trias nie jest ich autorstwa, komputer nie występuje w

takiej konfiguracji, jak podał Trias. Jest to świadome działanie mające na celu ukrycie faktu, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymogów opisanych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot. Player nie ma w zestawie bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad). Urządzenie to należało zaoferować dodatkowo.

- 6) Nieuprawnioną zmianę oryginalnej karty katalogowej producenta – karta katalogowa dotycząca produktu o nazwie TRIAS SERW-1 w zbiorze kart katalogowych o nazwie CMS SERW1 STER_TRIAS SZE_1 wykonanie własne.pdf - poprzez skopiowanie zawartości karty katalogowej produktu Petrosoft.pl DS 8i5BEHB i nazwanie tego produktu swoją nazwą jako własna własność. W wyniku nieudolnego skopiowana danych Wykonawca potwierdził, że posiada certyfikaty ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, co nie jest prawdą.
3. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Trias, mimo iż Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XXVIII pkt 4 lit. d SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XXVIII pkt 4 lit. d SWZ Zamawiający wymagał posiadania zdolności technicznej w zakresie 1 zamówienia (w ramach jednej usługi/umowy) o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych. Natomiast Wykonawca na potwierdzenie powyższego warunku skorzystał z zasobów firmy MOVITECH Ł. M. i Wspólnicy S. J. i jej referencji związanej z usługą udostępniania audioprzewodników oraz realizacji aplikacji z multimedialnym kontentem dla Europejskiego Centrum Solidarności pl. Solidarności 1, 80-863 Gdańsk, które to nie potwierdzają spełnienia ww. warunku. W załączonym przez Trias Wykazie dostaw/usług (załącznik nr 6 do SWZ) oraz referencjach wystawionych przez Europejskie Centrum Solidarności brak jest informacji potwierdzającej, że wartość jednej usługi/umowy w zakresie dostawy audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych wynosiła wymagane 100.000,00 zł brutto.

4. ewentualnie wobec powyższego zarzutu nr 4 naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw/usług oraz referencji, pomimo, iż złożone przez niego dokumenty nie wykazują spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których w Rozdziale XXVIII pkt 4 lit. d SWZ, tj. doświadczenie w zakresie 1 zamówienia (w ramach jednej usługi/umowy) o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób

niepełnosprawnych. W załączonym przez Trias Wykazie dostaw/usług (załącznik nr 6 do SWZ) oraz referencjach wystawionych przez Europejskie Centrum Solidarności brak jest informacji potwierdzającej, że wartość jednej usługi/umowy w zakresie dostawy audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych wynosiła wymagane 100.000,00 zł brutto.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4. odrzucenie oferty złożonej przez Trias;
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
6. ewentualnie wezwanie Trias do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw/usług oraz referencji w zakresie warunków udziału w Postępowaniu, o których w Rozdziale XXVIII pkt 4 lit. d SWZ.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

Odnosnie niezgodności oferty Trias z treścią SWZ, Odwołujący podniósł, że:

1. oferowany sprzęt nie jest zgodny z następującymi wymaganymi parametrami Zamawiającego opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia, będącym załącznikiem nr 5 do SWZ i późniejszymi odpowiedziami Zamawiającego

Zakres Gminy Miejskiej Przemyśl

- a) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-1 i komputer do monitora MON-1 m.in. o następujących wymaganiach:

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej;
- wymagania dodatkowe: w zakresie dostawy bezprzewodowa klawiatura ze zintegrowaną myszką (touch pad).

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Trias dla stanowisk: Stanowisko multimedialne I.1 Recepcja, Stanowisko multimedialne II.1 Młyn zaoferował następujące rozwiązanie: iiyama TF1015MC-B2, PCS DS NUC7CJYH

Zaoferowany monitor iiyama TF1015MC-B2 nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej.

Zaoferowany komputer PCS DS NUC7CJYH nie posiada wymaganej w zakresie dostawy bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad).

b) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-8 m.in. o następujących wymaganiach:

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Trias dla stanowisk : Stanowisko multimedialne II.2 Młyn, Stanowisko multimedialne IV.2 Przystań, Stanowisko multimedialne XI.2 Basztowa, Stanowisko multimedialne XIV.1 Apteka zaoferował następujące rozwiązanie: iiyama TF3239MSC-B1AG.

Zaoferowany monitor iiyama TF3239MSC-B1AG nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

c) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-4 m.in. o następujących wymaganiach:

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że wykonawca Trias dla stanowisk: Stanowisko multimedialne V.1 Wodna, Stanowisko multimedialne VII.1 Mostowa, Stanowisko multimedialne VIII.2 Rynek, Stanowisko multimedialne XI.1 Basztowa, Stanowisko multimedialne XV.2 Władycze, Stanowisko multimedialne XVIII.1.2 Franciszkańska/Grodzka zaoferował następujące rozwiązanie: iiyama TF4339MSC-B1AG. Zaoferowany monitor iiyama TF4339MSC-B1AG nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

d) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-2 m.in. o następujących wymaganiach:

- wymagane gniazda przyłączeniowe służące do sterowania monitorem (spełniające wymagania i funkcjonalności określone w dokumentacji projektowej)

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

Odnosnie tego aspektu Odwołujący wskazał, że wykonawca Trias dla stanowisk: Stanowisko multimedialne V.2 Wodna, Stanowisko multimedialne VII.2 Mostowa, Stanowisko multimedialne VIII.1 Rynek, Stanowisko multimedialne XIII.1 Żydowska zaoferował następujące rozwiązanie: iiyama TF2215MC-B2.

Zaoferowany monitor iiyama TF2215MC-B2 nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej oraz nie posiada żadnego gniazda przyłączeniowego umożliwiającego sterowanie monitorem.

e) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować GŁOŚNIK KIERUNKOWY GLO-4 m.in. o następujących wymaganiach:

-impedancja: 10k Ω

Ponadto Odwołujący przywołał odpowiedź Zamawiającego z dn. 10.11.2021 r. na pytanie nr 18, w której Zamawiający wyraził zgodę na zaproponowanie urządzenia m.in. o poniższych parametrach tylko że w kolorze czarnym:

Wzmacniacz dźwięku:

- zasilanie zewnętrzne 24V

- stosunek sygnał/hałas > 67 dB

- pasmo przenoszenia min. 260 Hz – 15 kHz

- zakres dopuszczalnych temperatur pracy nie mniejszy niż: 0°C - 40°C

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Trias zaoferował rozwiązanie ID AL Hypersound H3000/EB, ID AL. Hypersound AB2B. Zaoferowany zestaw nie posiada wymaganego wzmacniacza, bez tego urządzenia zestaw nie zadziała, wymagana impedancja 10 kOhm wskazuje na wymóg zaoferowania wzmacniacza i jest to typowa właściwość tylko i wyłącznie dla wzmacniacza

Rozwiązanie zaoferowane przez Trias, nie spełnia również dopuszczonych dodatkowo parametrów z uwagi na brak wymaganego wzmacniacza dźwięku.

f) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować Drukarka DRK wraz z modułem DRK-M1 m.in. o następujących wymaganiach:

- moduł sterujący w zestawie.

Odwołujący przywołał odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 7 dotyczące modułu sterującego w piśmie z dnia 21.10.2021 r. gdzie Zamawiający odpowiedział, że moduł sterujący ma umożliwić komunikację dedykowanego oprogramowania stanowiskowego (aplikacja XIV.A.1) z zainstalowaną drukarką.

Odwołujący stwierdził, że Trias zaoferował dla tej pozycji drukarkę Brother HL-L8260CDW, która w sposób bezsprzeczny w zestawie nie posiada tak opisanego modułu sterującego.

g) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-9 m.in. o następujących wymaganiach:

- wyposażenie monitora w gniazda wejściowe wideo minimum:

- 1 x HDMI

- 1 x VGA D-Sub 15-pin

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

Wykonawca Trias dla MON-9 zaoferował następujące rozwiązanie: iiyama LH4352UHS-B1

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany monitor iiyama LH4352UHS-B1 nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej oraz nie posiada wymaganego złącza 1 x VGA D-Sub 15-pin.

h) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-7 m.in. o następujących wymaganiach:

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

Wykonawca Trias dla MON-7 zaoferował następujące rozwiązanie: LG 55UH5F-H

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany monitor LG 55UH5F-H nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej.

i) Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować MONITOR LCD MON-6 o następujących wymaganiach:

- wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej

Wykonawca Trias dla MON-6 zaoferował następujące rozwiązanie: LG 75UH5E

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany monitor LG 75UH5E nie jest wyposażony w wymagane mocowanie systemowe umożliwiające montaż monitora w sposób spełniający wymagania określone w dokumentacji projektowej, co zresztą wykonawca Trias potwierdził w przesłanych kartach katalogowych do tego produktu.

Zgodnie z dokumentem STWiOR-Multimedia- Gmina Miejska Przemyśl.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować EKRAN HOLOGRAFICZNY SCR-1 o określonych wymaganiach oraz EKRAN PROJEKCYJNY SCR-3, który miał być ekranem napinanym na sztywnej ramie.

Dla powyższych produktów Trias zaoferował odpowiednio Kraftmann SCR-1 oraz Kraftmann SCR-3.

Odwołujący stwierdził, że karty katalogowe dotyczące zaoferowanych produktów oznaczonych jako SCR-1 i SCR-3 przedstawiają zdjęcia produktów niezgodnych z opisanymi parametrami.

Karta katalogowa produktu Ekran Multimedialny Szklany Do Projektacji Tylnej Typ SCR-1 zawiera informację: „Zastosowanie: dedykowane do projekcji tylnej/wstecznej”. Na zdjęciu przedstawiono natomiast ekran, na który wyświetlany jest obraz za pomocą przedniej projekcji. Z kolei karta katalogowa produktu Ekran Multimedialny Ramowy Black Typ SCR-3 opisuje projekcyjny ekran ramowy. Na zdjęciu widać jednak monitor/telewizor. Podaje to w wątpliwość, czy opisywane przez Wykonawcę w kartach katalogowych produkty rzeczywiście istnieją i czy zostaną spełnione minimalne wymagania Zamawiającego.

Odnosnie części oferty w zakresie Muzeum Narodowe Ziemi Przemyskiej Odwołujący wskazał:

a) zgodnie z dokumentem 02.STWiOR - Multimedia_część Muzeum.docx (Załącznik Nr 5 do SWZ – SOPZ) należało zaoferować: Projektor multimedialny pozwalający wyświetlać obrazy z rozdzielczością UHD w formacie 3D PROJ-3 spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w kolumnie drugiej oraz Aktywne okulary 3D GL-3D, spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne:

-Aktywne okulary 3D z technologią migawki

-Metoda synchronizacji DLP®-Link

-Częstotliwość odświeżania: 96 Hz, 100 Hz, 120 Hz, (kompatybilne z oferowanym projektorem dla projekcji 3D)

-Kąt widzenia: min. 120°

Odwołujący wskazał, że wykonawca w sali kinowej Muzeum Narodowego Ziemi Przemyskiej zaoferował jako PROJ-3 projektor Christie 4K10-HS oraz jako GL-3D okulary Acer E4W. W wymaganiach technicznych dot. okularów 3D zawartych w STWiOR Zamawiający zapisał „kompatybilne z oferowanym projektorem dla projekcji 3D”. Zaoferowany przez Wykonawcę projektor nie wspiera metody synchronizacji DLP Link, które wykorzystują zaoferowane okulary. Co za tym idzie, okulary nie są kompatybilne z zaoferowanym projektorem. Technologia DLP Link nie wymaga żadnych dodatkowych urządzeń, które umożliwiłyby synchronizację okularów. Wystarczy projektor wspierający tę technologię. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, w którym Zamawiający prosił o wyjaśnienie współpracy okularów z zaoferowanym projektorem, Wykonawca załączył ofertę otrzymaną od formy Delta Sp. J. K. Hus. W ofercie tej pojawiło się dodatkowe urządzenie - procesor-konwerter DLP-Link kon/proc kon/proc. Tym samym Wykonawca sam przyznał, że do poprawnej współpracy okularów z zaoferowanym projektorem potrzebne jest dodatkowe urządzenie, którego Trias nie zaoferował w ofercie.

W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego
Odwołujący podniósł

1. Skopiowanie oferty Europel Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż firma TRIAS AVI Sp. z o.o. przedstawiła karty katalogowe identyczne jak te załączone przez Odwołującego do oferty, które to zostały indywidualnie przygotowane przez Odwołującego na potrzeby postępowania w oparciu o informacje uzyskane od producenta. Karty te nie występują w takiej formie (zarówno co do treści jak i grafiki) w obiegu przez co niemożliwym jest ich pozyskanie z innych źródeł niż oferta Odwołującej się Spółki złożona w przedmiotowym postępowaniu.

Lista skopiowanych kart:

Zakres Gminy Miejskiej Przemysł:

GLO-1_Ecler AUDEO103_PL.pdf

MON-7_LG 55UH5F-H_PL.pdf

Player-2_ID AL My Music Player LE_PL.pdf

SW 8-P_Cisco SG250-08HP-K9-EU_PL.pdf

SW 18-P_Cisco SG250-18-K9-EU_PL.pdf

WZM-2_Ecler CA40_PL.pdf

Zakres Muzeum Narodowego Ziemi Przemyskiej:

GLO-5_Ecler AUDEO106_PL.pdf

GLO-7_JBL 4645C_PL.pdf

SW-8P_Cisco SG250-08HP-K9-EU_PL.pdf

WZM-3_JBL SA4_PL.pdf

WZM-4_Panphonics AA160 Basic_PL.pdf

Odwołujący podniósł, że w zakresie karty WZM-4_Panphonics AA160 Basic_PL.pdf dodatkowe podejrzenia budzi fakt iż Trias złożyła kartę na głośnik GLO-9_Panphonics SSHP 120x20_PL.pdf, a w karcie WZM-4_Panphonics AA160 Basic_PL zamiast oferowanego przez siebie głośnika Panphonics SSHP 120 x 20, wskazała oferowany przez nas głośnik Panphonics SSHP 60 x 60.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Trias w sposób ewidentny, bezprecedensowy i bezprawny wykorzystał/po zapoznaniu się w dniu 25.11.2021 r./ ofertę i karty katalogowe stworzone i złożone przez Odwołującą się Spółkę, na etapie postępowania przetargowego. Tym samym nie ulega także wątpliwości, iż działanie Trias, w postaci skopiowania części oferty i kart katalogowych Odwołującej się Spółki, wyczerpało definicje czynów nieuczciwej konkurencji, uregulowaną w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym miejscu Odwołujący podkreślił wraz za orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, iż główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. Odwołujący wskazał, że w tym celu do ustawy Pzp wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez wszystkich uczestników postępowania zasad uczciwej konkurencji. Przy ujawnieniu naruszeń przez wykonawców zasad uczciwej konkurencji, Zamawiający ma obowiązek wyeliminować takich wykonawców z dalszych etapów postępowania. Dalej Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp, nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Przepisy ustawy Pzp wprowadzają zasadę, iż w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych istnieje już podstawa do wykluczenia takiego oferenta i wykluczenie jest obowiązkiem Zamawiającego (patrz: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.08.2011 r., sygn. akt XXIII Ga 380/11). Wielokrotnie Zamawiający w pismach otrzymywał od Odwołującego informacje, że zaszły naruszenia uczciwej konkurencji, mimo to Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy Trias.

Uczestnicząc od wielu lat w postępowaniach przetargowych, nigdy Odwołujący nie spotkał się z taką sytuacją, aby inny wykonawca skopiował część oferty i wykorzystał skopiowane materiały do uzupełnienia swojej oferty. Należy zaznaczyć, że przygotowane indywidualnie karty dla wybranych urzędów wymagały posiadania właściwej wiedzy, poświęcenia czasu, a co za tym idzie poniesienia kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Z uwagi na fakt, że Zamawiający wymagał, aby złożone karty katalogowe potwierdzały spełnienie minimalnych parametrów technicznych, część kart została przygotowana indywidualnie przez Odwołującego z informacją o posiadanych parametrach wraz z odniesieniem do stron internetowych, gdzie można znaleźć potwierdzenie opisanych parametrów. Wskazane w ofercie Odwołującego karty katalogowe były indywidualnym opracowaniem pod względem zawartych informacji, jak również szaty graficznej. Karty katalogowe nie były wcześniej publikowane w żadnej ogólnodostępnej domenie, a co za tym idzie jedyną możliwość posiadania tych kart, to otrzymana od Zamawiającego oferta Odwołującego, którą firma Trias skopiowała w zakresie kart katalogowych i przekazała je Zamawiającego jako własne opracowanie.

Odwołujący stwierdził, że takie działanie(kopiowanie) jest rażąco sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca Trias wykorzystał jawność dokumentów złożonych w ramach oferty Odwołującego w zakresie zawartych w niej informacji technicznej oraz dokumentów w postaci kart katalogowych – pozyskaną w ten sposób wiedzę wykorzystywała przygotowując odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia swojej oferty. Praca wykonana przez pracowników Odwołującego, bez żadnej obróbki graficznej została skopiowana i przekazana jako własna część oferty Trias.

Wykorzystanie w postępowaniu konkurencyjnym efektu pracy swojego konkurenta, również ubiegającego się o realizację zamówienia z pewnością nie stanowi zwyczajnego i pożądanego sposobu przygotowania oferty przez wykonawców, a zachowanie takie narusza dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego. Prowadzi to również do powstania nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej po stronie wykonawcy Trias, ponieważ nie musi on poświęcać czasu na przygotowanie dokumentacji, ani dysponować wiedzą techniczną i ponosić związanych z tym kosztów, z uwagi na nieuprawnione wykorzystanie wiedzy eksperckiej i pracy innego wykonawcy. Występowania tego rodzaju niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej i wytworzonego przez działania Trias uprzywilejowania swojej sytuacji w postępowaniu, świadczy o niemożności rozpatrywania oferty tego wykonawcy jako zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji.

Dalej Odwołujący stwierdził, że zachowanie wykonawcy Trias należy również uznać za stanowiące naruszenie art. 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Nawet jeśli sama treść kart katalogowych nie stanowi utworu, ponieważ zawiera informacje techniczne i nie podlega ochronie prawnoautorskiej, to sposób przedstawienia tych danych może posiadać cechy twórcze i podlega takiej ochronie. Wykorzystanie przez wykonawcę Trias w postępowaniu przygotowanej przez Odwołującego formy prezentacji kart katalogowych bez upoważnienia, stanowi więc naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie ochrony prawnoautorskiej, zgodnie z którymi twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Zgodnie z art. 115 powołanej ustawy, kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

W tej sytuacji Odwołujący stwierdził, że uzupełnienie kart było nieskuteczne, w części skopiowanych kart katalogowych Odwołującego, gdyż Wykonawca nie był uprawniony do wykorzystania własności Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że bezspornym też jest fakt, że firma Trias wykorzystwała zawarte w kartach katalogowych Odwołującego informacje techniczne, świadczy o tym fakt:

1. w karcie katalogowej MON-1_PCS_DS NUC7CJYH_PL.pdf – producent w swojej karcie nie przewiduje jako wyposażenie klawiatury i myszki na co jednoznacznie wskazuje (klawiatura: brak, mysz: brak), natomiast w karcie przekazanej przez firmę TRIAS AVI Sp. z o.o. pojawia się dodatkowa pozycja „Akcesoria” zawierająca klawiaturę bezprzewodową ze zintegrowaną myszką (touch pad).
2. firma TRIAS AVI Sp. z o.o. złożyła kartę dla głośnika GLO-9_Panphonics SSHP 120 x 20_PL.pdf. Do powyższego głośnika Firma TRIAS AVI Sp. z o.o. zaoferowany wzmacniacz -

WZM-4_Panphonics AA160 Basic_PL, zamiast oferowanego przez siebie głośnika Panphonics SSHP 120 x 20, wskazała oferowany przez nas głośnik Panphonics SSHP 60 x 60.

3. Serwer do systemu zarządzania TRIAS SERW-1

- zaoferowany produkt nie istnieje jako wyrób firmy TRIAS AVI Sp. z o.o. i jako taki nie posiada certyfikatu ISO 9001:2015, ISO 14001:2015

- specyfikacja urządzenia została przepisana z Player-1_PCS DS. 8i5BEHB (ten model komputera był zaproponowany przez naszą firmę w ofercie),

Odwołujący ocenił, że powyższe przykłady ewidentnie świadczą o tym, że pozyskane materiały techniczne z oferty Odwołującego zostały wykorzystane przez firmę Trias AVI Sp. z o.o. do uzupełnienia własnej oferty, wprowadzenia korekt do kart katalogowych, aby oferowane przez nich urządzenia spełniały wymagania opisane w dokumentacji przetargowej.

Przedstawione powyżej fakty jednoznacznie wskazują na naruszenie uczciwej konkurencyjności, gdyż jeden z oferentów wykorzystuje pozyskane materiały już po złożeniu oferty do przygotowania uzupełniania swojej oferty.

Ponadto Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, iż był uprawniony i obowiązany do wskazania Zamawiającemu, wszelkich nieprawidłowości, które zdaniem Odwołującego miały miejsce na etapie postępowania przetargowego. Odwołujący jako Wykonawca, złożyła ofertę w toku postępowania o udzielenie zamówienia i niewątpliwie ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia pn.: „PODZIEMNA TRASA TURYSTYCZNA W PRZEMYŚLU – WYPOSAŻENIE” (znak sprawy: ZP.271.2.1.2021).

Fakt że firma TRIAS AVI Sp. z o.o. do wyjaśnienia wykorzystwała kopię kart katalogowych Odwołującego wskazuje jednoznacznie że na etapie składania oferty jak i jej uzupełnienia firma TRIAS AVI Sp. z o.o. nie dysponowała własnymi kartami katalogowymi, a co za tym idzie złożyła ofertę nie spełniającą wymogów określonych w SWZ. Odwołujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący w wyniku naruszenia przez firmę TRIAS AVI Sp. z o.o. przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może ponieść szkodę w postaci utraconego zysku ponieważ gdyby firma Trias w ramach udzielonych wyjaśnień nie przedłożyła kart katalogowych skopiowanych z oferty Odwołującego, ich oferta zostałaby odrzucona w skutek czego to oferta Spółki Europel Sp. z o.o. byłaby najkorzystniejsza co pozwoliłoby nam powziąć i zrealizować przedmiot zamówienia. Stąd też oferta firmy TRIAS AVI Sp. z o.o., powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a oferta Spółki Europel powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Niewątpliwie więc, działanie firmy TRIAS AVI Sp. z o.o., szczegółowo wskazane powyżej, wyczerpuje znamiona definicji czynów nieuczciwej konkurencji,

uregulowane w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ:

- 1) Zachowanie firmy TRIAS AVI Sp. z o.o. zostaje podjęte w związku z działalnością gospodarczą;
- 2) Czyn jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami;
- 3) Działanie TRIAS AVI Sp. z o.o. zagraża interesom Odwołującego.

2. Spreparowanie kart katalogowych i podawanie nieprawdziwych informacji

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Trias nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Jeszcze tego samego dnia po informacji z otwarcia ofert, poprosił Zamawiającego o wgląd do ofert i tego samego dnia uzyskał od Zamawiającego ofertę Odwołującego. W związku z powyższym wykonawca Trias miał czas na zweryfikowanie swojej oferty względem EUROPEL Sp. z o.o. i poprzez spreparowanie kart i podaniu nieprawdziwych informacji starał się błędy w swojej ofercie ukryć.

Odwołujący wskazał, że dowodem na to jest chociażby dołożenie dokumentu Wyjaśnienie M1_Moduł sterujący.pdf z którego wynika, że wymagany moduł sterujący dla DRK-M1 zaoferowany jest w systemie zarządzania ekspozycją. Jest to ewidentna próba ukrycia braku zgodności drukarki DRK-M1 z wymogami SWZ i późniejszymi odpowiedziami Zamawiającego. Jest to nielegalna i świadoma zmiana oferty.

Kolejną próbą ukrycia błędu w doborze głośnika GLO-4 jest przedstawienie karty katalogowej o nazwie GLO-4_ ID AL Hypersound H3000_PL.pdf , mimo iż w ofercie w załączniku nr 1a do SWZ wykonawca Trias zaoferował urządzenia ID AL Hypersound H3000/EB, ID AL Hypersound AB2B. Jest to świadome działanie w celu ukrycia tego, że wykonawca nie zaoferował dla tej pozycji wymaganego wzmacniacza Hypersound H3000/AMP, którego chociażby zaoferował dla głośnika GLO-2 , GLA-3. Oferent przedstawił kartę dla całego zestawu, zaś zaoferował sam emitter oraz uchwyt.

Ta sama sytuacja wiąże się z dołożeniem kart katalogowych o nazwie

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-1v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-2v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-4v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-6v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-7v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-8v1.pdf

Uchwyt_mocowanie systemowe MON-9v1.pdf

Dalej Odwołujący wskazał, że oferent Trias w momencie otrzymania od Zamawiającego oferty Odwołującego "zorientował się", że dla produktów MON-1 , MON-2, MON-4, MON-6, MON-7. MON-8, MON-9 nie zaoferował mocowań systemowych umożliwiających montaż monitorów dostosowanych do wagi monitorów i mających możliwość regulacji, które były

opisane jako wymóg w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot monitorów o wskazanych symbolach.

Dołożenie kart katalogowych, produktów których nie ma w ofercie, nie ma ich wpisanych w formularzu ofertowym wykonawcy, miało na celu ukrycie faktu niespełniania wymogów przez zaoferowane monitory i wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Zgodnie z informacją od producenta komputerów Petrosoft, który potwierdza, że po przeprowadzeniu analizy ich oferty oraz dokumentów (kart katalogowych) przesłanych w 2021r. do firmy Trias Avi stwierdza, że bez ich zgody i wiedzy dokonano zmian w karcie katalogowej komputera oferowanego komputera PCS DS NUC7CJYH poprzez dopisanie do niej nie oferowanych przez nas akcesoria tj. klawiatura bezprzewodowa ze zintegrowaną myszką (touch pad). Jest to kolejny przykład świadomego oświadczania nieprawdy, czyn nieuczciwej konkurencji, działanie mające na celu ukrycie faktu, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymogów opisanych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Odwołujący wskazał, że kolejnym czynem nieuczciwej konkurencji było spreparowanie karty katalogowej dotyczącej produktu o nazwie TRIAS SERW-1 w zbiorze kart katalogowych o nazwie CMS SERW1 STER_TRIAS SZE_1 wykonanie własne.pdf poprzez skopiowanie zawartości karty katalogowej produktu Petrosoft.pl DS 8i5BEHB i nazwanie tego produktu swoją nazwą jako własna własność. W wyniku nieudolnego skopiowania danych Wykonawca potwierdził, że posiada certyfikaty ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, co nie jest prawdą. W świetle art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy oferta nie została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawa u.z.n.k.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., do której odsyła ustawa Pzp znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 9 marca 2021 r., sygn. akt KIO 338/21.

Czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w art. 13 ust. 1 u.z.n.k., zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzać klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. W zakresie nieuczciwej konkurencji wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, który w wyroku (sygn. V ACa 256/07) stanowi, że *dla przypisania sprawcy czynu z art. 13 ust. 1 u.z.n.k. nie jest konieczne, by produkty oryginalny i kopiowany były identyczne. Wystarczający jest taki sposób podobieństwa, by uważny klient na podstawie ogólnego wrażenia nie był w stanie odróżnić obu produktów. Dla przypisania naruszcycielowi odpowiedzialności z art. 13 ust. 1 u.z.n.k. nie jest konieczne wykazanie przez*

poszkodowanego faktycznego wprowadzenia w błąd klientów; wystarczające jest, by nastąpiła możliwość takiego wprowadzenia w błąd.”

Specyfikacja techniczna, układ ikonograficzny na dołączonej karcie katalogowej wskazują po swoim wyglądzie i specyficznym układzie na urządzenie Petrosoft.pl DS 8i5BEHB.

Potwierdza to także producent w swojej odpowiedzi na zadane mu przez Odwołującego pytanie.

Analizując przesłane przez wykonawcę karty katalogowe Petrosoft.pl DS 8i5BEHB oraz TRIAS SERW-1, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że urządzenia opisane lub zwizualizowane na tych kartach są nie tylko ładząco podobne ale wręcz te same. Ponadto fakt, że wykonawca Trias nie posiada wskazanych w karcie katalogowych certyfikatów ISO 9001:2015, ISO 14001:2016 świadczy o złożeniu nieprawdziwych informacji.

W świetle powyższych materiałów Odwołujący stwierdził, że nie może przyjąć, że oferta wykonawcy Trias została złożona przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. A contrario zebrany i przedstawiony materiał dowodowy wskazuje na to, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez naśladownictwo gotowego produktu, przez co może wprowadzić w błąd klientów co do tożsamości producenta oferowanych produktów.

Posługiwanie się takimi kartami katalogowymi jak przesłane przez wykonawcę na potwierdzenie bycia producentem wskazywanych urządzeń wprowadza w błąd Zamawiającego co do tożsamości producenta, faktu istnienia lub obrotu takimi produktami na rynku. Zachodzi też wówczas uzasadnione ryzyko, że konkretyzacja przedmiotu zamówienia faktycznie nastąpiłaby na etapie dostawy urządzeń a nie na etapie składania ofert.

W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący ocenił, że powyższe okoliczności wskazują na to, że oferta wykonawcy Trias została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XXVIII pkt 4 lit. d SWZ Odwołujący wskazał

Zgodnie z Rozdziałem XXVIII pkt 4 lit. d Zamawiający wymagał posiadania zdolności technicznej w zakresie 1 zamówienia (w ramach jednej usługi/umowy) o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych.

Odwołujący wskazał, że Trias na potwierdzenie powyższego warunku skorzystał z zasobów firmy MOVITECH Ł. M. i Wspólnicy S. J. i jej referencji związanej z usługą udostępniania audioprzewodników oraz realizacji aplikacji z multimedialnym kontentem dla Europejskiego Centrum Solidarności pl. Solidarności 1, 80-863 Gdańsk, które to nie potwierdzają spełnienia ww. warunku. W załączonym przez Trias Wykazie dostaw/usług (załącznik nr 6 do SWZ)

oraz referencjach wystawionych przez Europejskie Centrum Solidarności brak jest informacji potwierdzającej, że wartość jednej usługi/umowy w zakresie dostawy audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych wynosiła wymagane 100.000,00 zł brutto. Wskazana w wykazie i referencjach wartość wykazanych usług obejmuje także: dostarczenie aplikacji, opracowanie scenariuszy dla dorosłych i dzieci w języku polski, a następnie tłumaczenia na języki obce, a także realizowanie aplikacji, zapewnienie ciągłości udostępniania i wydawania urządzeń poprzez przygotowanie punktów wydawania i zwrotu urządzeń oraz zatrudnienie pracowników.

Odwołujący w dniu 16 lutego 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe obejmujące wnioski dowodowe.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy wniósł odpowiedź na odwołanie w której żądał oddalenia odwołania w całości i przedstawiał własną argumentację.

Wykonawca Trias Avi sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przedstawiła własne stanowisko procesowe wraz z dowodami w piśmie z dnia 15 lutego 2022 r., złożonym do akt sprawy w dniu 16 lutego 2022 r.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Trias AVI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Przystępujący lub Trias). Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, co do braku interesu po stronie Odwołującego, ze względu na ewentualne podleganie odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Zamawiający badał i oceniał ofertę Odwołującego w toku postępowania, w wyniku czego nie stwierdził podstaw do jej

odrzućenia. Przystępujący nie wszczął również postępowania odwoławczego mającego na celu wyeliminowanie oferty Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego Izba za słuszne uznała stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu, iż spełnia on materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oferta zajęła drugą pozycję w rankingu ofert ustalonym na podstawie ich oceny oraz kwestionuje prawidłowość badania i oceny oferty wykonawcy, którego oferta zastała wybrana jako najkorzystniejsza co mogło prowadzić do pozbawienia możliwości pozyskania zamówienia, a tym samym szkody.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Przystępujący wnioskował o odrzucenie odwołania, ze względu na brak interesu po stronie Odwołującego w jego wniesieniu, co jest oczywiście błędnym wnioskiem, gdyż interes jako materialnoprawna przesłanka odwołania podlega rozpoznaniu na rozprawie. Jednocześnie, Izba zważyła, iż katalog przesłanek odrzucenia odwołania jest katalogiem zamkniętym, określonym w art. 528 ustawy Pzp, a Przystępujący nie wskazał w oparciu o którą przesłankę składa wniosek o odrzucenie odwołania i nie wykazał wystąpienia którejkolwiek z nich w niniejszym postępowaniu.

W toku posiedzenia, Przystępujący wnosił o niedopuszczenie, jako pełnomocnika Odwołującego pana A. N., gdyż nie wykazał on istnienia stosunku podstawowego, tj. zlecenia z Odwołującym. Wskazywał, iż osoba umocowana przez Odwołującego tj. p. A. N. jest jego byłym pracownikiem i w jego ocenie nie istnieje pomiędzy Odwołującym a tą osobą stosunek podstawowy. Odwołujący wnosił o oddalenie wniosku. Odwołujący podkreślał, że stosunek zlecenia został wykazany poprzez przedłożenie pełnomocnictwa i osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego określiły jego zakres. Zważywszy na treść art. 510 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała p. A. N. za pełnomocnika właściwie umocowanego do reprezentowania Odwołującego. Z przedłożonego pełnomocnictwa z dn. 15 lutego 2022 r. wprost wynika oświadczenie Odwołującego, iż pełnomocnictwo zostało udzielone w ramach stosunku zlecenia, w którego zakres wchodzi przedmiot sprawy, tak więc potwierdził istnienie stosunku zlecenia kwestionowanego przez Przystępującego.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania oraz dowody składane przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający Gmina Miejska Przemyśl prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Podziemna Trasa Turystyczna w Przemyślu – wyposażenie.

Zamawiający zawarł w SWZ następujące postanowienia, istotne z pkt widzenia postępowania odwoławczego:

Rozdział V. SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (...)

pkt 8. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) został przedstawiony w dokumentach podzielonych na 2 części tj. zakres GMP oraz zakres MNZP, stanowiących Załącznik Nr 5 do SWZ, (...)

Rozdział XXIII. SWZ OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

pkt 11. Do oferty należy dołączyć:

1) Formularze cenowe stanowiące Załączniki Nr 1a i 1b do SWZ, w których należy podać ceny jednostkowe brutto za poszczególne dostawy wraz z podaniem ich producenta oraz symbolu/modelu używanego przez producenta oraz wartości i sumy brutto; (...)

pkt 15. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Rozdział XXVIII. SWZ WARUNKI STAWIANE WYKONAWCOM UBIEGAJĄCYM SIĘ O ZAMÓWIENIE stanowi, że:

O udzielenie zamówienia objętego niniejszym postępowaniem mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej:

Zamawiający uzna, że Wykonawca znajduje się w sytuacji zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykaże, że zrealizował w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

(...)

d) 1 zamówienie (w ramach jednej usługi/umowy) o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa audioprzewodników z wyzwaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych, (...)

Rozdział XXIX. SWZ PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: (...)

7) wykazu dostaw/usług, o których mowa w Rozdziale XXVIII pkt 4 SWZ, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – wzór Wykazu stanowi Załącznik Nr 6 do SWZ.

Rozdział XXX SWZ PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

1. W niniejszym postępowaniu Zamawiający będzie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych – karty katalogowe lub inne równoważne dokumenty potwierdzające wymagane minimalne parametry urządzeń – w języku polskim – dla urządzeń dla których Zamawiający wymaga w Załączniku Nr 1A oraz 1B podania modelu, producenta oraz symbolu urządzenia.

2. Zamawiający wymaga, aby karty katalogowe urządzeń lub inne równoważne dokumenty potwierdzały minimalne parametry techniczne wskazane w opisach tych urządzeń.

3. Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą.

4. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1, wraz z ofertą lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, wówczas Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym, w tym wezwaniu terminie. (...)

Zgodnie ze zmianą nr 2 z dn. 21 października 2021 r. Zamawiający nadał nowe brzmienie załącznikom:

„Załączniki do SWZ:

- a) Załącznik Nr 1a do SWZ – FORMULARZ CENOWY GMP;
- b) WYKAZ WYPOSAŻENIA GMP stanowiący element Załącznika Nr 5 do SWZ – SOPZ;
- c) Załącznik Nr 1b do SWZ – FORMULARZ CENOWY MNZP;
- d) Wykaz wyposażenia Muzeum stanowiący element Załącznika Nr 5 do SWZ – SOPZ otrzymują brzmienie określone w załącznikach do niniejszej zmiany treści SWZ.”

Zgodnie ze zmianą nr 3 SWZ z dn. 3 listopada 2021 r. rozdział XXIII SWZ OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY w ust. 11 pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) Formularze cenowe stanowiące Załączniki Nr 1a i 1b do SWZ, w których należy podać ceny jednostkowe brutto za poszczególne dostawy wraz z podaniem ich producenta oraz symbolu/modelu używanego przez producenta oraz wartości i sumy brutto.

UWAGA: ZAMAWIAJĄCY WYMAGA DOŁĄCZENIA DO OFERTY AKTUALNYCH FORMULARZY CENOWYCH – W przypadku złożenia Formularza cenowego, w którym nie będą ujęte wszystkie elementy wymagane do wyceny wartości zamówienia, zawarte w aktualnym Formularzu cenowym, wówczas Oferta będzie podlegać odrzuceniu na podst. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”.

Termin składania ofert upłynął w dniu 25 listopada 2021 r.

W postępowaniu wpłynęło trzy oferty, w tym oferta Przystępującego oraz Odwołującego. Przystępujący w części objął ofertę tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 25 listopada 2021 r. Przystępujący wnioskował do Zamawiającego o *udostępnienie wszystkich złożonych ofert poza Trias AVI Sp. z o. o. w przedmiotowym postępowaniu.*

Zamawiający w tym samym dniu przekazał Przystępującemu w formie elektronicznej oferty pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie tj. ofertę Odwołującego oraz ofertę firmy TRONUS Polska sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, *w związku z zapisami Rozdziału XXX Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, wzywa Wykonawcę do złożenia, przedmiotowych środków dowodowych tj. kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry urządzeń – w języku polskim – dla urządzeń dla których Zamawiający wymaga w Załączniku Nr 1A oraz 1B do SWZ podania modelu, producenta oraz symbolu urządzenia.*

Zamawiający wymaga, aby karty katalogowe urządzeń lub inne równoważne dokumenty potwierdzały minimalne parametry techniczne wskazane w opisach tych urządzeń.

W dniu 29 listopada 2021 r., odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył pismo przewodnie, a w *załączeniu przedstawił wymagane karty katalogowe wraz z tłumaczeniem na język polski.*

W dniu 17 grudnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wyspecyfikowanym w piśmie.

23 grudnia 2021 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2021 r. wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 10 stycznia 2022 r. – zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

21 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji.

W dniu 25 stycznia 2022 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o odtajnieniu jego oferty. Oświadczeniem złożonym na posiedzeniu Zamawiający potwierdził, iż w całości ujawnił treść informacji składanych przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

Ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wedle art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ramach uwag ogólnych, zważyć należy, iż zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie w części tj. iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, w zakresie wskazanym poniżej.

W ocenie Izby, Formularze cenowe, składane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, miały dwojaki charakter: po pierwsze służyły do wyceny przedmiotu zamówienia, a po drugie do określenia treści oferty. W przedmiotowych Formularzach, wykonawca konkretyzował, odpowiednio do wymagań opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, oferowane świadczenie, poprzez podanie producenta urządzenia oraz symbolu/modelu używanego przez producenta. Powyższą tezę potwierdza również wymaganie Zamawiającego dot. przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w rozdziale XXX SWZ wskazał, że będzie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych – karty katalogowe lub inne równoważne dokumenty potwierdzające wymagane minimalne parametry urządzeń – w języku polskim – dla urządzeń dla których Zamawiający wymaga w Załączniku Nr 1A oraz 1B podania modelu, producenta oraz symbolu urządzenia. Powyższe potwierdza stanowisko Izby co do charakteru Formularzy cenowych i przeczy stanowisku Przystępującego iż Formularze te nie służyły żadną miarą do ustalenia zakresu przedmiotu dostaw, a skoro tak to również w świetle informacji w nich zawartych należy oceniać zgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż wykonawca, wobec tak ukształtowanego SWZ winien wpisać w zakresie oferowanych produktów modele i producentów oferowanych urządzeń w zakresie elementów wchodzących w skład danej pozycji i wyczerpujących opis Zamawiającego. Dostrzeżenia również wymagało, iż Zamawiający w SWZ wymagał aby karty katalogowe urządzeń lub inne równoważne dokumenty potwierdzały minimalne parametry techniczne wskazane w opisach tych urządzeń. Odmienne postrzeganie wymagań Zamawiającego może prowadzić do sytuacji, gdy wykonawca mógłby konkretyzować ofertę już po jej złożeniu co z kolei mogłoby prowadzić do naruszenia

podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Przenosząc powyższe ustalenia na ocenę podnoszonych zarzutów, Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut w zakresie niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia odnośnie:

- dostawy bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad) - stanowisko multimedialne I.1 (Recepcja) MON-1. W zakresie dostawy dla tego stanowiska ujęta została dostawa klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad). Przystępujący w Załączniku do oferty nr 1a nie wskazał odrębnego od oferowanego komputera (playera) produkcji firmy Petrosoft.pl PC DS NUC7CJYH, modelu i producenta dla klawiatury wraz ze zintegrowaną myszką. Jednocześnie w toku postępowania odwoławczego Odwołujący przedstawił oświadczenie firmy Petrosoft.pl zgodnie z którym firma ta oświadczyła, iż dla tego komputera nie oferuje akcesoriów w postaci klawiatury ze zintegrowaną myszką. Tym samym, wykonawca Trias oferując tę klawiaturę zobowiązany był do wskazania jej modelu i producenta w Załączniku nr 1a. Po analizie dowodu nr 2 przedłożonego przez Przystępującego tj. wydruku e-maila z adresu M..L.@petrosoft.pl z dnia 26 listopada 2021 r., Izba uznała, iż przedłożona korespondencja nie potwierdziła, iż załączona do tego dowodu karta katalogowa dla playera PCS DS NUC7CJYH pochodzi od producenta tj. firmy Petrosoft.pl, a tym samym, że klawiatura z myszką stanowią, jako akcesorium, element komputera o symbolu PCS DS NUC7CJYH. W przedłożonej korespondencji, pochodzącej od firmy Petrosoft.pl brak jest jakiegokolwiek treści wskazującej na przekazanie Przystępującemu przez pracownika firmy Petrosoft.pl karty katalogowej komputera PCS DS NUC7CJYH uwzględniającej akcesoria w postaci klawiatury bezprzewodowej ze zintegrowana myszką (touch pad). Korespondencja ta nie zawiera treści, w wydruku brak jest również potwierdzenia, iż wskazana przez Przystępującego karta katalogowa została przesłana przez pracownika firmy Petrosoft.pl do firmy Trias, jako załącznik do tego e-maila, co zostało uwidocznione w e-mailu z dn. 15 lutego 2022 r. Jednocześnie należy mieć na uwadze treść oświadczenia Prezesa Zarządu firmy Petrosoft.pl z dnia 31 stycznia 2022 r. przedłożonego przez Odwołującego, w którym oświadcza on, że *„(...) bez naszej zgody i wiedzy dokonano zmian w karcie katalogowej komputera oferowanego komputera PCS DS NUC7CJYH poprzez dopisanie do niej nie oferowanych przez nas akcesoria tj. klawiatura bezprzewodowa z zintegrowaną myszką (touch pad).”* Wobec powyższych dowodów skład orzekający doszedł do przekonania, iż ukompletowanie komputera PCS DS NUC7CJYH nie obejmuje bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch-pad), a w związku z nie wskazaniem przez Przystępującego w Załączniku 1a odrębnie od ww. komputera modelu i producenta oferowanej klawiatury, oferta tego wykonawcy nie obejmowała wymaganego urządzenia i jako taka jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

- wzmacniacza dźwięku - stanowisko multimedialne VII.4 Mostowa PROJ-4 Głośnik GLO-4 Strony i uczestnik postępowania są zgodne, iż taki wzmacniacz dźwięku jest konieczny dla spełnienia parametrów wskazanych przez Zamawiającego. Jednocześnie Przystępujący utrzymuje, iż zaoferował wymagany wzmacniacz w innej pozycji pn. aplikacja, zaś Zamawiający twierdzi, iż wzmacniacz stanowi element oferowanego zestawu, który to zestaw został skonkretyzowany w karcie katalogowej. W ocenie Izby, w sytuacji gdy Przystępujący oferował głośnik z wzmacniaczem winien wskazać model tego wzmacniacza w stosownej pozycji w tabeli Załącznika do oferty – w ofercie Przystępującego brak takiego wskazania. W ocenie Izby, niewystarczającym dowodem na zaoferowanie wzmacniacza jest wskazanie na różnicę cen w pozycji „aplikacja multimedialna – prezentacja w formie mappingu” pomiędzy ceną Przystępującego a Odwołującego, gdyż pozycja ta nie odnosi się do żadnych urządzeń w jej ramach oferowanych i wykonawca nie podaje producenta i modelu dla pozycji aplikacja. Ponadto, faktu zaoferowania wzmacniacza nie potwierdza również oferta zakupu tego wzmacniacza, gdyż to oferta potwierdza jedynie tyle, że wykonawca otrzymał taką ofertę. Ponadto chybiona jest argumentacja Przystępującego, jakoby nie było możliwe wpisanie większej liczby danych oferowanych urządzeń w formularzach Zamawiającego, z treści oferty złożonej przez Odwołującego wynika, iż było to możliwe. W związku z niewskazaniem modelu i producenta oferowanego wzmacniacza przez Przystępującego w Załączniku do oferty, Izba uznała, iż oferta tego wykonawcy nie obejmowała wymaganego urządzenia i jako taka jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

- drukarki DRK wraz z modulem DRK-M1 - stanowisko multimedialne XIV.1. Apteka. Wykonawca był zobowiązany do dostarczenia drukarki wyposażonej w moduł sterujący który miał umożliwić komunikację dedykowanego oprogramowania stanowiskowego z zainstalowaną drukarką – Przystępujący zaoferował drukarkę marki Brother – która nie jest wyposażona w taki moduł. Przystępujący dopiero w dalszych wyjaśnieniach wskazał, że zamierza zrealizować to wymaganie poprzez zaoferowanie modułu sterującego jako części oprogramowania. Powyższe, w ocenie Izby stanowi o niezgodności treści oferty z treścią warunków zamówienia, zgodnie z którymi Zamawiający wymagał zaoferowania drukarki wyposażonej w moduł sterujący.

- projektora multimedialnego UHD 3D oraz aktywnych okularów 3D - Sala kinowa. Izba stwierdziła, iż w ofercie Przystępującego brak jest dodatkowego urządzenia które powodowałoby kompatybilność zaoferowanych produktów i wyświetlanie w formacie 3D. Odwołujący, przedstawił jako dowód, korespondencję mailową z producentem projektora oferowanego przez Przystępującego, z której wynika, iż do uzyskania wymaganego formatu 3D konieczne jest doposażenie oferowanego projektora w konwerter do synchronizacji. Przedmiotowego konwertera brak jest w ofercie Przystępującego. W piśmie procesowym

Przystępujący wskazał jedynie, że brakujące elementy wyceniono w innych pozycjach. Wobec braku wyspecyfikowania tego urządzenia w ofercie Przystępującego, brak jest - analogicznie do wyżej omawianych pozycji - do uznania, iż konwerter został zaoferowany przez Przystępującego, a jeśli tak to oferta jest niezgodna z treścią warunków zamówienia.

Ponadto, Izba uznała za zasadne odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w zakresie przedstawienia kart katalogowych producenta Petrosoft.pl w sposób nie odpowiadający prawdzie i poprzez pominięcie nazwy tego producenta przy przedstawianiu karty katalogowej dla TRIAS SERW-1.

Przed merytorycznym odniesieniem się do tego zarzutu, zdaniem Izby wskazać należy na kilka kwestii natury ogólnej, związanych z możliwością uznania zachowań wykonawców, jako naruszających jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy ZNKU. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ZNKU czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Przywołać należy wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 9 września 2009 r., II CSK 44/09 w którym Sąd wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, Izba uznała, że wyżej opisane, niepotwierdzone okoliczności powoływane przez Przystępującego co do otrzymania karty katalogowej z opisanymi w niej akcesoriami od firmy Petrosoft.pl. oraz oświadczenie Prezesa tej firmy który stwierdza, że „po przeprowadzeniu analizy naszej oferty oraz dokumentów (kart katalogowych) przesłanych w 2021r. do firmy Trias Avi stwierdzamy, że bez naszej zgody i wiedzy dokonano zmian w karcie katalogowej komputera oferowanego komputera PCS DS NUC7CJYH poprzez dopisanie do niej nie oferowanych przez nas akcesoria tj. klawiatura bezprzewodowa ze zintegrowaną myszką (touch pad)”, wskazują na działanie

Przystępującego naruszające rzetelność kupiecką i dobre obyczaje. W ocenie Izby, Przystępujący przekazał Zamawiającemu zmienioną, bez wiedzy producenta, kartę katalogową w celu wykazania spełnienia wymagań SWZ, w zakresie w jakim nie znalazły one odzwierciedlenia w formularzu cenowym tj. w zakresie bezprzewodowej klawiatury ze zintegrowaną myszką (touch pad). Celem takiego działania mogło być jedynie wytworzenie u Zamawiającego mylnego przekonania, iż ww. klawiatura stanowi element oferowanego komputera i na skutek tego stwierdzenie zgodności oferty z warunkami zamówienia. Ponadto Odwołujący podał, że kolejnym czynem nieuczciwej konkurencji było „spreparowanie” karty katalogowej dotyczącej produktu o nazwie TRIAS SERW-1 w zbiorze kart katalogowych o nazwie CMS SERW1 STER_TRIAS SZE_1 wykonanie własne.pdf poprzez skopiowanie karty katalogowej produktu firmy Petrosoft.pl DS 8i5BEHB i nazwanie tego produktu swoją nazwą. W tym zakresie Odwołujący argumentował, iż doszło do naruszenia art. 13 ust. 1 ZNKU stanowiącego, że „Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.” Odwołujący wskazywał, iż specyfikacja techniczna, układ ikonograficzny na dołączonej karcie katalogowej wskazują po swoim wyglądzie i specyficznym układzie na ww. urządzenie firmy Petrosoft.pl, pomimo, że nie została uwidoczniła nazwa tego producenta. Odwołujący podnosił, że analizując karty katalogowe TRIAS SERW-1 oraz Petrosoft DS 8i5BEHB, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż urządzenia w nich opisane i zwizualizowane są łudzaco podobne, a wręcz takie same. Powyższe skłoniło Odwołującego do wniosku, iż Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez naśladowanie gotowego produktu, przez co może wprowadzić w błąd klientów co do tożsamości producenta oferowanych produktów, faktu istnienia lub obrotu takimi produktami na rynku. Odwołujący wskazał, że w takiej sytuacji zachodzi również uzasadnione ryzyko, że konkretyzacja przedmiotu zamówienia faktycznie nastąpiłaby na etapie dostawy urządzeń a nie na etapie składania ofert. Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący złożył oświadczenie Prezesa Zarządu firmy Petrosoft.pl Technologie Informatyczne sp. z o.o. w którym stwierdzono, że „Petrosoft.pl Technologie Informatyczne sp. z o.o. jako producent komputerów PC Solutions (PCS) nie oferował i nie może produkować komputerów pod innymi nazwami np. TRIAS SERW-1. Stwierdzamy, że przesłana do nas karta katalogowa jest identyczna (co do treści technicznej jak i układu graficznego) z oferowanym przez nas komputerem PCS DS 8i5BEHB. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w powyższym zakresie. Przystępujący natomiast potwierdził, iż faktycznie producentem urządzenia jest firma Petrosoft.pl, choć jednocześnie wskazywał, iż samo urządzenia zostanie wyprodukowane na zamówienie Przystępującego. Przystępujący wyjaśniał również,

że produkt TRIAS SERW_1 jest produktem o indywidualnym charakterze, który będzie wyprodukowany przez Petrosoft.pl na jednostkowe zamówienie Przystępującego. Przystępujący stwierdził, iż oferta Petrosoft.pl uprawnia go do nazwania produktu własnym indywidualnym oznaczeniem. Przystępujący wskazywał ponadto na definicję producenta, stwierdzając, iż producentem nie jest podmiot gospodarczy, który realnie będzie wytwarzał dany towar lecz podmiot, zgodnie z umową z kontrahentem, który „oferuje ten sprzęt elektryczny pod własną nazwą i znakiem towarowym”. Ponadto Przystępujący przedstawił stanowisko co do braku spełnienia przesłanek do uznania tego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 13 ust. 1 i 2 ustawy ZNKU, które Izba podziela. Tym niemniej, w ocenie Izby, nieuprawnionym działaniem Przystępującego było oferowanie pod własną marką urządzenia produkowanego przez Petrosoft.pl. Izba nie dała wiary tłumaczeniom Przystępującego, iż urządzenie to będzie posiadało zindywidualizowane cechy. Przystępujący nie wykazał w jaki sposób produkowane przez Petrosoft.pl urządzenie model DS 8i5BEHB będzie zmodyfikowane na żądanie Przystępującego, tym bardziej, iż treść karty katalogowej Petrosoft.pl oraz Trias jest tożsama. Podkreślenia również wymaga, iż Petrosoft.pl, wobec treści złożonego oświadczenia, nie wyraziła zgody na oferowanie jej produktów pod inną marką, nie miała również świadomości działań Przystępującego podejmowanych w tym zakresie.

W ocenie Izby, wyżej wskazane okoliczności wyczerpują definicję czynu nieuczciwej konkurencji określoną w art. 3 ust. 1 ZNKU tj. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające interesom innego przedsiębiorcy lub klienta albo naruszające interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO o sygn. akt KIO 338/21 przywołanym przez Odwołującego, iż „Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd.”

Wobec powyższego, w ocenie Izby, Przystępujący swoimi działaniami uchybił zasadom przywołanym powyżej i naruszył zasady uczciwości i rzetelności, a więc dobrych obyczajów kupieckich, co skutkowało uwzględnieniem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie, uznając twierdzenia Odwołującego za nieudowodnione.

Za niewykazane Izba uznała twierdzenia Odwołującego, co do niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w następującym zakresie:

- odnośnie braku mocowań systemowych dla wszystkich wskazanych przez Odwołującego monitorach o oznaczeniach MON-1, MON-2, MON-4, MON-6, MON-7, MON-8, MON-9. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Przystępującego i doszła do przekonania, iż wobec braku definicji mocowań systemowych w SWZ oraz w związku z zaferowaniem przez Przystępującego uchwytów do tychże monitorów nie potwierdził się zarzut Odwołującego w tym zakresie. Przystępujący, odnośnie zarzutów związanych z brakiem mocowania systemowego, dla wskazanych przez Odwołującego monitorów wskazał, że mocowanie zostało zrealizowane poprzez systemowe otwory montażowe w międzynarodowym, powszechnie stosowanym systemie VESA będące ma standardowym wyposażeniu monitora oraz dedykowany uchwyt montażowy z mikroregulacją w pełni kompatybilny z otworami montażowymi oferowanego monitora. Przystępujący wskazał również, że zaferowane mocowanie systemowe złożone z fabrycznie przygotowanych otworów monitora i uchwyty montażowego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ i STWiOR. Zamawiający argumentował, iż Przystępujący zaferował uchwyty do monitorów i wycenił je w formularzu cenowym, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (odnośnie uchwytów Zamawiający nie wymagał podania producenta i modelu oferowanego uchwyty). Również w toku rozprawy, Przystępujący argumentował, iż mocowania to nic innego jak otwory montażowe w monitorze, do których mocowany jest uchwyt. Podkreślał także, iż mocowane systemowe to nie uchwyt, a uchwyty zostały zaferowane i nie są przedmiotem zarzutów odwołania. Przystępujący wskazał również, iż odczytywał wymóg mocowania systemowego, jako wymóg zaferowania mocowania ustandaryzowanego, czyli według standardu VESA. Rozstrzygnięcie tego zarzutu, wymaga dostrzeżenia niezwykle lakonicznej argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutów kierowanych wobec braku mocowań systemowych. Ta niezwykle lakoniczna argumentacja Odwołującego zasadza się de facto na stwierdzeniu, iż w takie mocowania nie są wyposażone monitory oferowane przez Przystępującego. Odwołujący nie polemizuje jednocześnie ze stwierdzeniami Przystępującego co do sposobu rozumienia wymagania „mocowań systemowych” oraz nie dookreśla jakiego elementu konkretnie brak jest w wyposażeniu monitorów. W złożonej przez Odwołującego jako dowód korespondencji e-mailowej z firmą iiyama, wskazano, iż dla modelu monitora LH4352UHS-B1 „nie mamy żadnych uchwytów montażowych, dla innych modeli monitorów uchwyty montażowe nie są dostarczane jako produkty w zestawie, czy też że nie mają mikroregulacji”. W ocenie składu orzekającego, korespondencja powyższa nie przesądza, iż zaferowane monitory wraz z uchwytami zaferowanymi przez Przystępującego nie spełniają wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego, zarzut zaniechania przez

Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, jako niewykazany przez Odwołującego podlegał oddaleniu.

Oдноśnie zarzutu wobec monitora MON-2 - iiyama TF 2215MC-B2 i braku wyposażenia tego monitora w gniazdo przyłączeniowe umożliwiające sterowanie monitorem, wskazać należy, iż Odwołujący sformułował ten zarzut wyłącznie poprzez lakoniczne stwierdzenie o braku takiego gniazda. Przystępujący oraz Zamawiający twierdzili i wykazali, iż monitor ten jest wyposażony w złącze umożliwiające takie sterowanie, tj. złącze RJ 45 które służy do podłączenia zewnętrznego panelu sterowania – co Przystępujący potwierdził dowodem w postaci instrukcji obsługi tego monitora. Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wyposażenia monitora MON – 9 – iiyama LH4352UHS-B1 w złącze 1xVGA D-Sub 15 – pin, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Przystępujący, wskazywał, iż monitor ten jest wyposażony w złącze DVI-I umożliwiające transmisję video w formacie cyfrowym i analogowym, a złącze VGA służy wyłącznie do przesyłania sygnału w formacie analogowym. Karta katalogowa dla tego monitora zawiera następującą informację „Analogowe wejścia sygnału - VGA x1 (DVI-I: VGA+DVI)”. Z powyższego wynika, iż monitor jest wyposażony w złącze VGA realizowane poprzez złącze DVI, co w ocenie Izby spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego akcentował kwestię „braku fizycznego złącza VGA”, natomiast w ocenie Izby konieczność zaoferowania monitora z „fizycznym” złączem VGA nie była określona w SWZ, a co za tym idzie inny sposób realizacji tego wymagania należy uznać za zgodny z warunkami zamówienia.

Oдноśnie zarzut dot. SCR -1 i SCR -3 i przedstawienia w kartach katalogowych dla tych pozycji zdjęć produktów niezgodnych z opisanymi parametrami, Izba wskazuje, iż Przystępujący na pytanie Zamawiającego wyjaśnił te rozbieżności, potwierdzając jednocześnie zgodność oferty z treścią SWZ. Ponadto dostrzeżenia wymaga, iż opisane w kartach katalogowych parametry oferowanych urządzeń spełniają wymagania określone w warunkach zamówienia, czego Odwołujący nie kwestionował. Wobec czego brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu również w tym aspekcie.

Biorąc pod uwagę, powyższe ustalenia Izby, nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie pozostałych aspektów wskazywanych przez Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego nie znalazły oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2021 r. KIO 1285/21, wydanym w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę Prawo zamówień publicznych, lecz zachowującym aktualność, wskazać należy, iż ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy

zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., sygn. akt I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 ZNKU, tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W szczególności odnośnie „dołożenia” kart katalogowych dla monitorów wskazanych w odwołaniu pn. „uchwyt_mocowanie systemowe (...)”, wskazać należy, iż zarówno monitory jak i uchwyty zostały zaoferowane przez Przystępującego zgodnie z formularzem cenowym. Tak więc, Odwołujący nie wykazał, iż wystąpiło „dołożenie kart katalogowych, produktów których nie ma w ofercie, nie ma ich wpisanych w formularzu ofertowym wykonawcy, miało na celu ukrycie faktu niespełniania wymogów przez zaoferowane monitory i wprowadzenie w błąd Zamawiającego”. Podobnie w zakresie kwestionowanych, jak stwierdza Odwołujący „skopiowanych” kart katalogowych. W ocenie Izby samo fizyczne podobieństwo złożonych kart katalogowych złożonych przez Przystępującego do kart złożonych przez Odwołującego nie przesądza o czynie nieuczciwej konkurencji. Obaj wykonawcy zaoferowali tożsame produkty, tak więc i karty mogły zawierać tożsame informacje, tym bardziej, iż wykonawcy mogli tłumaczyć i przygotowywać składane karty z uwzględnieniem wymagań i parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto złożone przez Zamawiającego jako dowód informacje o metadanych tych plików, wskazują, iż nie są to pliki tożsame. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał okoliczności na które powoływał się w sformułowanym zarzucie. Tym samym zarzut ten w zakresie wskazanym powyżej podlegał oddaleniu.

Kwestie ewentualnych roszczeń z tytułu naruszenia własności intelektualnej pozostają poza kognicją Izby.

Dalej, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, ewentualnie zaniechania wezwania go do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw/usług oraz referencji odnośnie, wykazania się przez Przystępującego realizacją w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zamówienia (w ramach jednej usługi/umowy) o wartości nie mniejszej niż

100.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa audioprzewodników z wyzwalaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci, osób niepełnosprawnych. Przystępujący w tym zakresie polegał na zasobach podmiotu trzeciego – firmy MOVITECH Ł. M. i Wspólnicy sp. j. i wykazał w Wykazie dostaw w tym zakresie następującą usługę - „Usługa udostępniania audioprzewodników oraz realizacji aplikacji z multimedialnym kontentem”. Lokalizacja: Gdańsk wykonana na rzecz Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku. Do przedmiotowego wykazu Przystępujący załączył referencję wystawioną przez ECS dla firmy MOVITECH w której treści czytamy „Europejskie Centrum Solidarności w Gdańsku stwierdza należyte wywiązanie się z umowy, której przedmiotem jest usługa udostępniania systemu audioprzewodników oraz realizacji aplikacji z multimedialnym kontentem przez spółkę Movitech Ł. M., R. P. Sp. J., ul. Zawia 61, 30390 Kraków.

W ramach umowy firma Movitech:

- a) *Dostarczyła oraz zainstalowała ponad 500 szt. audioprzewodników o następujących funkcjonalnościach:*
- *wyzwalanie nagrań za pomocą bezprzewodowej komunikacji radiowej i podczerwieni,*
 - *system alarmowy ostrzegający o wyniesieniu urządzenia poza wyznaczoną strefę,*
 - *tourguide (grupowa transmisja głosu przewodnika do zwiedzających),*
 - *system statystyk pozwalający na analizowanie zachowań zwiedzających.*
- b) *Dostarczyła aplikację na wyżej opisane urządzenia.*
- c) *Opracowała scenariusz w języku polskim dla dorosłych oraz dla rodzin z dziećmi w języku polskim, a następnie dokonała tłumaczenia scenariusza dla dorosłych na następujące języki: angielski, niemiecki, hiszpański, włoski, francuski, rosyjski, szwedzki i norweski oraz język migowy (PJM), a także zrealizowała aplikację do zwiedzania wystawy stałej ECS dla osób niedowidzących i niewidzących z audiodeskrypcją w języku polskim i angielskim. Łącznie zrealizowano ok. 30 godzin nagrań.*
- d) *Zapewniła ciągłość udostępniania i wydawania urządzeń poprzez przygotowanie punktów wydawania i zwrotu urządzeń oraz zatrudnienie pracowników odpowiedzialnych w szczególności za:*
- *obsługę wydawania i zwrotu audioprzewodników,*
 - *informowanie zwiedzających o sposobie obsługi i dostępnych ścieżkach zwiedzania,*

- dbanie o integralność audioprzewodników, zdolność do użytku (ładowanie i kontrola sprawności),
- bieżącą weryfikację stanu technicznego audioprzewodników oraz prowadzenie rejestru usterek,
- utrzymywanie słuchawek i urządzeń w należyтым stanie higienicznym (dezynfekcja).

Umowa była realizowana w okresie od stycznia 2019 do grudnia 2019 roku. Wartość usługi przekroczyła kwotę 1,3 miliona zł brutto.” Odnośnie ww. usługi Przystępujący załączył do wykazu oraz referencji oświadczenie firmy MOVITECH, w którym potwierdza ona, że „zamówienie swoim zakresem obejmowało między innymi:

➤ dostawę audioprzewodników z wyzwalaniem automatycznym oraz wykonaniem ścieżek dla dorosłych, dzieci , osób niepełnosprawnych. Wartość zamówienia większa niż 100.000,00 zł brutto.

Tym samym wyżej wymienione zadanie spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu pn.: „*PODZIEMNA TRASA TURYSTYCZNA W PRZEMYSŁU – WYPOSAŻENIE*” w tym zakresie.”

Zgodnie z § 9 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dokumentem którym wykonawca potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu usług lub dostaw, a referencje są dowodami na okoliczność, iż dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Tym samym, dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu kluczowym jest oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie. Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, iż podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, co do oceny wykazania spełnienia przedmiotowego warunku. W okolicznościach niniejszej sprawy, brak jest podstaw do stwierdzenia istnienia przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp (co byłoby przedwczesne i wykluczone nawet w przypadku wątpliwości co do wykazania spełnienia warunku przez Przystępującego, gdyż dla tej czynności konieczne jest poprzedzenie jej wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, czyli do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia wykazu odnośnie kwestionowanej usługi. Przystępujący, poprzez dołączenie oświadczenia firmy MOVITECH usunął wątpliwości w zakresie podnoszonym w zarzucie Odwołującego i potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby oświadczenie to uzupełnia informacje zawarte w wykazie i powoduje, że wzywaniem wykonawcy do ponownego przedstawienia tożsamej informacji

wyłącznie po to aby została ona uwidoczniona w wykazie jest sprzeczne z ekonomią postępowania. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego odnośnie nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 5 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutów uwzględnionych dla rozstrzygnięcia odwołania – zarzuty te doprowadziły bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....