

Sygn. akt: KIO 1077/22

WYROK
z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez wykonawców: M. D. i P. K. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi przy ul. Maratońskiej 67/69 (94-102 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 61 (02-091 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez M. D. i P. K. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców M. D. i P. K. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców M. D. i P. K. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi, kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: *Sukcesywna dostawa akcesoriów i części komputerowych* (nr referencyjny: AEZ/S-002/2022), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lutego 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00044197/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, była niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. wykonawcy M. D. i P. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie od czynności: odrzucenia ich oferty oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – przez uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu, podczas gdy z uwagi na konsekwencje jakie przewidział sam zamawiający co do określonych „części oferty”, czynność odrzucenia oferty odwołującego była niezgodna z Pzp;
- 2) naruszenie art. 255 pkt 2 Pzp – poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy oferta odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu, co skutkowało koniecznością wybrania tego wykonawcy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowną ocenę oferty odwołującego oraz wybór oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą w rozumieniu przepisów Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający niezgodnie z przepisami odrzucił jego ofertę, która była jedyną ważną ofertą, niepodlegającą odrzuceniu z pośród czterech ofert oraz finalnie unieważnił postępowanie.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły cztery podmioty. Trzy z nich: CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o., SALTAR M. W., Helica sp. z o.o. zostały odrzucone. Zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jednakże w dniu 13 kwietnia 2022 r. wysłał informację „o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania”, wskazując, że oferta odwołującego jest niezgodna z SWZ i także zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W dalszej kolejności, zamawiający z uwagi na brak ważnych ofert unieważnił przetarg w oparciu o art. 255 pkt 2 Pzp. W ocenie odwołującego należało skazać należy, że mając na uwadze treść formularza ofertowego oraz sprecyzowane przez zamawiającego co do poszczególnych fragmentów oferty konsekwencje/skutki - czynność odrzucenia oferty odwołującego i następnie czynność unieważnienia postępowania były niezgodne z Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający odrzucając jego ofertę wskazał, że: oferta wykonawcy jest niezgodna z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia zawartymi w następujących pozycjach formularza asortymentowo-cenowego, a mianowicie:

1) w pozycji 2 „Karta LAN na USB-C”, zamawiający wymagał następujących parametrów: obsługa prędkości 10/100/1000 Mb/s; USB typ C; Wskaźnik LED. Wykonawca zaoferował kartę: Producent Tp-link, nr katalogowy UE306 USB 3.0 to Gigabit Ethernet, która posiada tradycyjne złącze USB 3.0 typ A. UE305(UN)1.0 datasheet (tp-link.com). Ustosunkowując się do podniesionych zarzutów wykonawca wskazał, że oferowane rozwiązanie „może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z taką kartą adaptera Type-C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie), ponieważ takie rozwiązanie nie było przez zamawiającego zakazane.”

2) w pozycji 20 "Kabel połączeniowy USB 2.0 A-B M, rodzaj wejścia/wyjścia- A-męskie, B męskie, długość 4,5 mb". Zamawiający wymagał kabla o długości wynosi 4,5 mb. Wykonawca zaoferował model kabla "Gembird Kabel USB 2.0 typu AB AMBM CCP-USB2-AMBM-6G posiada długość 1.8m. Ustosunkowując się do podniesionych zarzutów wykonawca wskazał, że „kabel może być zgodny z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z takim kablem przedłużacza USB 2.0 - AM-AF o długości 3m, ponieważ takie rozwiązanie nie było przez Zamawiającego również zakazane”. Zamawiający zwrócił uwagę ponadto, że w treści SWZ nie przesądził, iż nie dopuszcza stosowania przejściówek lub innych rozwiązań umożliwiających uzyskanie wymaganej funkcjonalności, jednakże w pozycji 2 i 20 w ofercie nie przesądził iż zamierza takie rozwiązanie zaoferować, a mianowicie w pozycji 2 dostarczyć dodatkowy adapter Typu C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie) oraz w pozycji 20 dodatkowy kabel USB 2 AM-AF o długości 3 m. W rozumieniu art. 223 ust. 1 Pzp niedopuszczalnym jest prowadzenie negocjacji między

zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty, ani dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego było niespójne z SWZ. Odwołujący wskazał, że zamawiający w Formularzu asortymentowo-cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) wymagał wypełnienia kolumny nr 2 jedynie dla wybranych pozycji (pozycje 1, 4-19, 31, 32, 35, 36, 37, 42, 43, 56, oraz 57) opisanych jako „(należy podać) karta katalogowa wymagana”, a w pozostałych pozycjach opisanych jako „wypełnianie nie jest obowiązkowe” zamawiający odstąpił od konieczności podania producenta, modelu/nr katalogowego, co dodatkowo opisał w pkt III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I INFORMACJE UZUPEŁNIAJĄCE ppkt 2:

Szczegółowy opis akcesoriów i części komputerowych, stanowiący przedmiot zamówienia, określono w kolumnie 2. Zamawiający jednocześnie że w części pozycji Zamawiający odstąpił od konieczności podania producenta, modelu/nr katalogowego, co oznacza że Wykonawca każdorazowo będzie uprawniony do dostawy określonych w tych pozycjach akcesoriów i części komputerowych, spełniających opisane wymagania, jednakże pochodzących od różnych producentów.

Zdaniem odwołującego, zamawiający uznał więc, że niektóre pozycje z załącznika nr 2 nie wymagały podania producenta i konkretnego modelu (jest to część fakultatywna). W ocenie odwołującego takie ukształtowanie SWZ i formularza, nie powinno skutkować odrzuceniem wykonawcy, który zdecydował się wypełnić tą część. Elementy sprzętowe z tych pozycji mając na uwadze pkt III ppkt 2 SWZ mogą być dopiero weryfikowane na etapie ich dostarczenia, a podanie ich ma charakter bardziej informacyjny, niż stanowi konkretną deklarację. Co więcej zdaniem odwołującego mogą one być uzupełniane (można dodawać do nich komponenty) aż do momentu ich dostarczenia (moment weryfikacji). Właśnie w zakresie pkt 2 i 20 formularza, nie było wymagane podanie producenta i modelu/nr katalogowego: Przykładowo pozycja nr 1 z formularza:

"Nazwa: Czytnik zewnętrzny kart pamięci

Producent

(należy podać)

Model/nr katalogowy.....

(należy podać) karta katalogowa - wymagana"

Pozycja nr 2 z formularza:

"Nazwa: Karta LAN na USB-C

Producent

Model/nr katalogowy.....

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)"

Pozycja nr 20 z formularza: "Nazwa: Kabel połączeniowy

Producent

Model/nr katalogowy.....

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)"

Przy pozycji 2 oraz 20 brak było dopisku „należy podać”, tak więc podanie tych informacji było fakultatywne. Natomiast zamawiający odrzucając ofertę odwołującego oparł się dokładnie na tych dwóch pozycjach, a dokładnie na informacjach wskazanych w kolumnie nr 2 (elementy fakultatywne). Wskazując, że odwołujący „zaoferował”, a pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. „dopuszczył się” negocjacji treści oferty. Z takim stanowiskiem odwołujący się nie zgodził.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w kolumnie nr 2 formularza przy pozycji 2 oraz 20 odwołujący mógł dostarczać dowolnie różne produkty, pod względem producenta i modelu, byleby przy każdorazowej dostawie danego akcesorium spełniało one opisane wymagania w kolumnie „Przedmiot zamówienia oraz minimalne parametry techniczne”. Wymieniony zatem model czy producent w polu, którego wypełnienie nie było i nie jest obowiązkowe, pozostaje jedynie niezobowiązującą adnotacją wykonawcy, która nie może służyć, ani być powodem do oceny, a tym bardziej być przyczyną odrzucenia takiej oferty zgodnie z zapisami SWZ dla tego postępowania oraz przepisami Pzp. Odmienne postępowanie przeczyłoby możliwości dostarczania zamawiającemu dowolnych, różnych produktów pod względem producenta i modelu, byleby przy każdorazowej dostawie danego akcesorium spełniało one opisane wymagania w kolumnie „Przedmiot zamówienia oraz minimalne parametry techniczne”, a taką przecież możliwość sam zamawiający zapisał w postępowaniu. Co więcej skoro zamawiający nie wymagał podania nazwy i modelu, tym bardziej nie mógł odrzucić oferty jeżeli wykonawca podałby niekompletne rozwiązanie, ale na etapie weryfikacji (dostarczenia) rozwiązanie byłoby już w pełni zgodne z wymaganiami SWZ. Dlatego też odwołujący wskazał, że pomimo wypełnienia niezobowiązującej adnotacji wykonawcy w tych polach, nawet zaoferowanie dla pozycji 2 "Karta LAN na USB-C" karty sieciowej TP-Link UE306 z tradycyjnym złączem USB 3.0 typu A, może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z taką kartą adaptera Type-C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie), ponieważ takie rozwiązanie nie było przez zamawiającego zakazane. Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku pozycji nr 20. Tu również pomimo wypełnienia niezobowiązującej adnotacji wykonawcy nawet zaoferowanie dla tej pozycji kabla Gembird Kabel USB 2.0 typu AB AMBM 1.8m CCP-USB2-AMBM-6G może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z takim kablem przedłużacza USB 2.0 - AM-AF o długości 3m, ponieważ takie rozwiązanie nie było przez zamawiającego również zakazane. Wskazaną tezę potwierdził, w ocenie

odwołującego, sam zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia twierdząc, że faktycznie: „Zamawiający w treści SWZ nie przesądził, iż nie dopuszcza stosowania przejściówek lub innych rozwiązań umożliwiających uzyskanie wymaganej funkcjonalności.” Wobec tego w opinii odwołującego można było uznać, że wykonawca mógł np. zdeklarować „część rozwiązania” skoro nie było ono obligatoryjne i nie skutkowało odrzuceniem oferty.

Podsumowując odwołujący wskazał, że z uwagi na konsekwencje przewidziane przez zamawiającego w pkt III ppkt 2 SWZ – niedopuszczalne było odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o wypełnienie fakultatywnych punktów 2 i 20 w zakresie producenta i modelu, gdyż tutaj sytuacja była analogiczna do wypełnienia „fakultatywnej części oferty związanej z podwykonawcą”, gdzie jasne było, że wskazanie określonego podmiotu, a potem zastąpienie go innym było w pełni dopuszczalne i nie skutkowało odrzuceniem oferty. Z uwagi na skutki z pkt III ppkt 2 SWZ w odniesieniu do pozycji 2 i 20 formularza – wpisanie elementów w kolumnie 2 było fakultatywne. Dodatkowo odwołujący wskazał, że komponenty mogły być uzupełniane (np. dodanie złączek, przedłużacza). W przedmiotowym postępowaniu nie stanowiło to zmiany oferty.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że jego oferta nie mogła zostać odrzucona, a więc nie było także przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonego dowodu oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2022 r., w tym w szczególności:
 - ogłoszenie o zamówieniu;
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym przede wszystkim załącznik nr 2 (formularz asortymentowo-cenowy);
 - ofertę złożoną przez odwołującego;

- pismo z dnia 1 kwietnia 2022 r. skierowane do odwołującego w związku z otrzymaniem informacji przez zamawiającego o niezgodności oferty z opisem wymagań zawartym w formularzu asortymentowo-cenowym w postępowaniu z prośbą o ustosunkowanie się do wskazanych w treści pisma pozycji ww. formularza;
 - wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
 - zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania z dnia 13 kwietnia 2022 r.;
- 2) złożone na rozprawie przez odwołującego oświadczenie właściciela marki Gembrid z dnia 27 kwietnia 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w rozdziale III pkt 2 SWZ wskazał, że:

Szczegółowy opis akcesoriów i części komputerowych, stanowiący przedmiot zamówienia, określono w kolumnie 2 (Załącznik nr 2 do SWZ). Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, że w części pozycji Zamawiający odstąpił od konieczności podania producenta, modelu/nr katalogowego, co oznacza że Wykonawca każdorazowo będzie uprawniony do dostawy określonych w tych pozycjach akcesoriów i części komputerowych, spełniających opisane wymagania, jednakże pochodzących od różnych producentów.

Jak wynikało z treści załącznika nr 2 do SWZ – formularza asortymentowo-cenowego:

- pozycja nr 2 dotyczyła karty LAN na USB-C, obsługa prędkości 10/100/1000 Mb/s, USB typ C, wskaźnik LED;
- pozycja nr 20 dotyczyła kabla połączeniowego, USB 2.0 A-B M, rodzaj wejścia/wyjścia- A-męskie, B męskie, długość 4,5 mb.

Z treści tego załącznika wynikało także, że w ww. pozycjach zamawiający odstąpił od konieczności podania przez wykonawcę producenta i modelu/nr katalogowego. Ustalenie to potwierdzały informacje zwarte w kolumnie 3 pn.: *Nazwa oraz producent oferowanego produktu*, w której dla obu ww. pozycji wskazano, że:

Pozycja nr 2 z formularza:

Nazwa: Karta LAN na USB-C

Producent

Model/nr katalogowy

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)

Pozycja nr 20 z formularza:

Nazwa: Kabel połączeniowy

Producent

Model/nr katalogowy.....

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą formularzu asortymentowo-cenowym w kolumnie 3 w pozycjach 2 i 20 wskazał:

Nazwa: Karta LAN na USB-C

Producent Tp-link

Model/nr katalogowy UE306 USB 3.0 to Gigabit

Ethernet

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)

Nazwa: Kabel połączeniowy

Producent Gembird

Model/nr katalogowy Kabel USB 2.0 typu AB AM-BM 1.8m CCP-USB2-AMBM-6G

(wypełnienie nie jest obowiązkowe)

Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. zwrócił się do odwołującego z prośbą o ustosunkowanie się m. in. do pozycji 2 i 20 złożonego formularza asortymentowo-cenowego. W tym kontekście zamawiający wskazał:

1) W pozycji 2 "Karta LAN na USB-C" Zamawiający wymaga karty sieciowej ze złączem USB C, oferent zaś oferuje model TP-Link UE306 która zgodnie z kartą katalogową producenta oferuje tradycyjne złącze USB 3.0 typ A. UE305(UN)1.0 datasheet (tp-link.com)

2) Pozycja 20 "Kabel połączeniowy" w specyfikacji przedstawionej przez Zamawiającego wymagana długość wynosi 4,5mb. Firma E-tech oferuje model: "Gembird Kabel USB 2.0 typu AB AMBM 1.8m CCP-USB2-AMBM-6G. Nazwa modelowa bezpośrednio wskazuje na oferowanie długości 1.8m

Odwołujący odpowiedział na powyższy wniosek pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. W zakresie pozycji 2 i 20 formularza odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

Pragniemy zauważyć, iż Zamawiający pozycję nr 2 oraz pozycję nr 20 oznaczył jako pole, którego wypełnienie nie było i nie jest obowiązkowe. Oznacza to tyle, iż Wykonawca mógł w takie pole wpisać cokolwiek, ponieważ treść tego pola nie mogła i nie może być oceniana na etapie składania ofert.

W specyfikacji warunków zamówienia, punkt III Opis przedmiotu zamówienia i informacje uzupełniające, podpunkt 2 zawarto bowiem taki zapis:

(...)

Wynika z tego, iż dla tych wskazanych pól należy dostarczać dowolnie różne produkty, pod względem producenta i modelu, byleby przy każdorazowej dostawie danego akcesorium spełniało one opisane wymagania w kolumnie „Przedmiot zamówienia oraz minimalne parametry techniczne”.

Wymieniony zatem model czy producent w polu, którego wypełnienie nie było i nie jest obowiązkowe, pozostaje jedynie niezobowiązującą adnotacją Wykonawcy, która nie może służyć, ani być powodem do oceny, a tym bardziej być przyczyną odrzucenia takiej oferty zgodnie z zapisami SIWZ dla tego postępowania oraz przepisami Prawa zamówień publicznych.

Dodatkowo pragniemy zauważyć, że pomimo wypełnienia niezobowiązującej adnotacji Wykonawcy w tych polach, nawet zaoferowanie dla pozycji 2 "Karta LAN na USB-C" karty sieciowej TP-Link UE306 z tradycyjnym złączem USB 3.0 typu A, może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z taką kartą adaptera Type-C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie), ponieważ takie rozwiązanie nie było przez Zamawiającego zakazane.

Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku pozycji nr 20. Tu również pomimo wypełnienia niezobowiązującej adnotacji Wykonawcy nawet zaoferowanie dla tej pozycji kabla Gembird Kabel USB 2.0 typu AB AMBM 1.8m CCP-USB2-AMBM-6G może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z takim kablem przedłużacza USB 2.0 - AM-AF o długości 3m, ponieważ takie rozwiązanie nie było przez Zamawiającego również zakazane.

Mając jednak na uwadze wszystkie zapisy SIWZ dla tego postępowania, ocena zgodności zaoferowanego rozwiązania technicznego dla tych pozycji może być oceniana dopiero na etapie dostawy danego akcesorium, a nie na podstawie niezobowiązujących adnotacji naszej firmy w polach, których wypełnienie nie było wymagane, a co za tym idzie nie może być oceniane, ponieważ przeczyłoby to możliwości dostarczania Zamawiającemu dowolnych, różnych produktów pod względem producenta i modelu, byleby przy każdorazowej dostawie danego akcesorium spełniało one opisane wymagania w kolumnie „Przedmiot zamówienia oraz minimalne parametry techniczne”, a taką przecież możliwość sami Państwo zapisaliście w postępowaniu.

Zawiadomieniem z dnia 13 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania. W treści zawiadomienia zamawiający wskazał, że unieważnia czynność wyboru oferty odwołującego, dokonanej pismem z dnia 30 marca 2022 r. oraz w konsekwencji poinformował o unieważnieniu postępowania, bowiem wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Ponadto zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że:

Oferta Wykonawcy jest niezgodna z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia zawartymi w następujących pozycjach Formularza asortymentowo-cenowego, a mianowicie:

1) w pozycji 2 „Karta LAN na USB-C”, Zamawiający wymagał następujących parametrów: obsługa prędkości 10/100/1000 Mb/s; USB typ C; Wskaźnik LED. Wykonawca zaoferował kartę: Producent Tp-link, nr katalogowy UE306 USB 3.0 to Gigabit Ethernet, która posiada tradycyjne złącze USB 3.0 typ A. UE305(UN)1.0 datasheet (tp-link.com). Ustosunkowując się do podniesionych zarzutów Wykonawca wskazał, że oferowane rozwiązanie „może być zgodne z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z taką kartą adaptera Type-C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie), ponieważ takie rozwiązanie nie było przez Zamawiającego zakazane.”

2) w pozycji 20 "Kabel połączeniowy USB 2.0 A-B M, rodzaj wejścia/wyjścia- A-męskie, B męskie, długość 4,5 mb". Zamawiający wymagał kabla o długości wynosi 4,5 mb. Wykonawca zaoferował model kabla "Gembird Kabel USB 2.0 typu AB AMBM CCP USB2-AMBM-6G posiada długość 1.8m. Ustosunkowując się do podniesionych zarzutów Wykonawca wskazał, że „kabel może być zgodnie z wymaganiami technicznymi, np. w momencie dostarczenia wraz z takim kablem przedłużacza USB 2.0 - AM-AF o długości 3m, ponieważ takie rozwiązanie nie było przez Zamawiającego również zakazane”.

Zamawiający w treści SWZ nie przesądził, iż nie dopuszcza stosowania przejściówek lub innych rozwiązań umożliwiających uzyskanie wymaganej funkcjonalności, jednakże w pozycji 2 i 20 Wykonawca w ofercie nie przesądził iż zamierza takie rozwiązanie zaoferować, a mianowicie w pozycji 2 dostarczyć dodatkowy adapter Typu C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie) oraz w pozycji 20 dodatkowy kabel USB 2 AM-AF o długości 3 m. W rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalnym jest prowadzenie negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty, ani dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 255 pkt 2 Pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy nie był sporny między stronami. Jak wynikało z powyżej przedstawionych ustaleń wykonawcy nie byli zobowiązani do wypełnienia kolumny nr 3 w pozycjach 2 i 20 formularza asortymentowo-cenowego. W związku z tym nie musieli podawać producenta oraz modelu/nr katalogowego dla asortymentu wskazanego w tych pozycjach. Ponadto zamawiający nie przesądził w treści SWZ, że nie dopuszcza stosowania przejściówek lub innych rozwiązań umożliwiających uzyskanie wymaganej funkcjonalności, jednakże odwołujący w złożonym wraz z ofertą formularzu asortymentowo-cenowym nie wskazał, że zamierza takie rozwiązanie zaoferować tj. w pozycji 2 dostarczyć dodatkowy adapter typu C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie) oraz w pozycji 20 dostarczyć dodatkowy kabel USB 2 AM-AF. Okoliczność dotycząca zaoferowania przez odwołującego przejściówek lub innych rozwiązań umożliwiających uzyskanie wymaganej funkcjonalności została wskazana w wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r.

W ocenie składu orzekającego istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy zamawiający był uprawniony w okolicznościach przedmiotowej sprawy do wyjaśnienia kwestii wynikających z wypełnienia przez odwołującego pozycji 2 i 20 formularza oraz czy złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie stanowiły niedopuszczalnych negocjacji prowadzonych między zamawiającym a odwołującym dotyczących złożonej oferty.

Odpowiadając na pierwsze z powyższych pytań Izba doszła do przekonania, że czynność zamawiającego polegająca na zwróceniu się do odwołującego z prośbą o ustosunkowanie się odnośnie wątpliwości związanych z treścią pozycji 2 i 20 złożonego formularza, była prawidłowa. Kluczowe znaczenie w tym aspekcie miało ustalenie polegające na tym, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wypełnienia tych pozycji w formularzu przez podanie producenta oraz modelu/nr katalogowego. Gdyby odwołujący nie wypełnił ww. pozycji zamawiający w ogóle nie wyjaśniałby tej kwestii i dopiero *de facto* przy wykonaniu zamówienia ustaliby zgodność zaoferowanego asortymentu z przedmiotem zamówienia. W związku z tym w przypadku wątpliwości lub nieścisłości co do nieobowiązkowych pozycji formularza, które jednak zostały przez wykonawcę wypełnione, zamawiający był zobowiązany te kwestie wyjaśnić. Tym samym zamawiający w ocenie składu orzekającego postąpił prawidłowo zwracając się do odwołującego z pismem o wyjaśnienie okoliczności związanych z wypełnieniem pozycji 2 i 20 formularza. Izba nie zgodziła się przy tym z argumentacją odwołującego wskazującą, że wypełnienie przez odwołującego nieobowiązkowych pozycji z formularza było jedynie niezobowiązującą adnotacją

wykonawcy, która nie mogła służyć, ani być powodem do oceny. Skoro odwołujący zdecydował się na wypełnienie pozycji 2 i 20 formularza mimo tego, że taki obowiązek nie wynikał z treści SWZ, to zamawiający nie mógł zbagatelizować treści wynikającej z tego wypełnienia szczególnie, że powodowała ona uzasadnione wątpliwości co do zaoferowania przez odwołującego asortymentu zgodnego z warunkami zamówienia. Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający z takiej możliwości skorzystał i jak ustaliła Izba powyżej nie było podstaw do kwestionowania tej czynności. Co prawda zamawiający w piśmie z dnia 1 kwietnia 2022 r. nie powołał się na treść art. 223 ust. 1 Pzp, jednakże z okoliczności przedmiotowej sprawy wynikało, że ww. pismo należało uznać za zgodne z dyspozycją ww. przepisu.

W dalszej kolejności Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w odpowiedzi na pismo zamawiającego nie były przejawem prowadzenia między zamawiającym a odwołującym niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty. W tym kontekście skład orzekający stwierdził, że w wyniku wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. odwołujący nie zmienił treści oferty, ponieważ nie wskazał, że zaoferuje inny model lub innego producenta karty LAN oraz kabla połączeniowego w stosunku do podanych w formularzu asortymentowo-cenowym. Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku pozycji 2 ma możliwość zastosowania adaptera type-C (złącze męskie) do USB 3.1 A (złącze żeńskie) czyli tzw. przejściówki, a przypadku pozycji 20 ma możliwość dostarczenia przedłużacza. Jak ustalono powyżej, możliwość zastosowania takich rozwiązań nie została zakazana przez zamawiającego. Tym samym w przypadku nieobowiązkowych do wypełnienia pozycji formularza, wyjaśnienia odwołującego należało uznać za potwierdzenie oferowania asortymentu zgodnego z warunkami zamówienia, które nie doprowadziły do niedopuszczalnych negocjacji treści ofert lub jej zmiany.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył treść art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, odrzucając ofertę odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia. Ponadto skład orzekający stwierdził, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nieprzydatny dla rozstrzygnięcia okazał się dowód złożony na rozprawie przez odwołującego.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i uznania, że oferta odwołującego została niezasadnie odrzucona, uwzględnieniu podlegał także zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp. Skoro nie wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu to nie mogła ziścić się przesłanka unieważnienia postępowania, określona w ww. przepisie.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: