

Sygn. akt: KIO 3049/22

WYROK
z dnia 6 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Infast Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Dębica w Dębicy**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 oraz nakazuje Zamawiającemu:
 - a) Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
 - b) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3 i:
 - 3.1. Zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy).

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) 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

Zamawiający – Gmina Miasta Dębica w Dębicy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Dostawa i zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem w ramach realizacji projektu grantowego „Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym – „Granty PPGR” dla Gminy Miasta Dębica (2). Znak sprawy: BZP.271.45.2022.PB. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletyn Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00387393/01 z dnia 2022-10-11.

W dniu 18 listopada 2022 r. wykonawca Infast Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań poprzez:

- **bezpodstawne unieważnienie postępowania** mimo, braku wady, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, oraz w terminie niedopuszczalnym w pzp,

- **zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania**, co uniemożliwiło Odwołującemu zapoznanie się z pełnym stanowiskiem Zamawiającego, a następnie dokonanie jego oceny i analizy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. **art. 255 pkt 6 pzp** poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w którym nie występuje wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy,
2. **art. 260 pkt 1 pzp w zw. z art. 255 pkt 6 pzp** poprzez zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania, poprzez:

a. wskazanie konkretnych przepisów ustawy regulujących zamówienie, które Zamawiający naruszył,

b. wskazanie podstawy faktycznej i prawnej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

3. **art. 256 pzp** poprzez umorzenie postępowania poza dopuszczalnymi przez **ppz** ramami czasowymi czyli po otwarciu ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu zapoznanie się z pełnym stanowiskiem Zamawiającego, a następnie dokonanie jego oceny i analizy.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
2. Dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert,
3. Zasadzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że:

Przedmiotem umowy jest zakup i dostawa sprzętu komputerowego w ramach postępowania: Dostawa i zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem w ramach realizacji projektu grantowego „Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym – „Granty PPGR” dla Gminy Miasta Dębica (2).

[ogłoszenie o zamówieniu, SWZ z załącznikami] Zamawiający opublikował 11.10.2022 dokumenty przetargowe na platformie zakupowej.

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/674753>

[pytania i odpowiedzi] Zamawiający opublikował 17.10.2022 pytania zadane przez Oferentów w czasie postępowania i odpowiedzi na nie.

[budżet zamawiającego] Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 507.500,00 zł, z czego na część 1: 455.000,00, na część 2: 52.500,00.

[oferty w postępowaniu] W postępowaniu w części 1 wpłynęło dwanaście ofert z czego dziesięć mieściło się w budżecie Zamawiającego. W części 2 wpłynęło siedem ofert w tym jedna po terminie i żadna z ofert nie mieściła się w budżecie Zamawiającego.

[unieważnienie postępowania] 14 listopada 2022 r. Zamawiający unieważnił postępowanie. Jako przyczynę unieważnienia wskazał:

uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 255 pkt 6) Ustawy Prawo zamówień publicznych.

uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

• **bezpodstawne unieważnienie postępowania, w którym nie występuje wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy** [art. 255 pkt 6 pzp w związku z art. 260 pkt 1 pzp]

Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 254-260 pzp, Warszawa 2021, str. 762-773:

„...Do podstawowych obowiązków zamawiającego należy zawiadomienie o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma umożliwić wykonawcom skuteczne odwołanie się od decyzji zamawiającego...”

„...Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania będzie zawierało:

- 1) oznaczenie zamawiającego, który podjął taką decyzję, wraz z oznaczeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione,
- 2) datę podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania,
- 3) powołanie podstawy prawnej unieważnienia; uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie faktyczne i prawne powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia...”

Przepis art. 255 pkt 6 pzp., daje Zamawiającemu prawo do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ma charakter wyjątkowy i jego wykładnia musi być ścisła.

Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust.1 pzp. Oznacza to, że Zamawiający korzystając z art. 255 pkt 6 pzp. jest zobowiązany do wyczerpującego wykazania wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek.

Niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia, gdyż mogłaby prowadzić to do manipulowania wynikiem postępowania.

W efekcie powoływanie się przez Zamawiającego na przesłankę unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie niedającej się usunąć wady, która prowadziłyby do zawarcia nieważnej umowy, nie może być dokonywane w oderwaniu od okoliczności decydujących o tej nieważności, a wprost wskazanych w przepisach.

Zamawiający nie wykazał przede wszystkim, jakie sposób miałyby wpłynąć na ważność zawartej umowy. W konsekwencji Zamawiający winien wskazać precyzyjne powody unieważnienia umowy, a nie ograniczyć się jedynie do wskazania przepisu, mówiącego o unieważnieniu umowy oraz zacytowania przepisu.

• zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania [art. 260 ust 1 pzp w zw. z art. 255 pkt 6 pzp]

Zamawiający ma obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. **Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy.** Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych.

Wiąże się bowiem z obowiązkiem **wykazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej.**

Uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania sprowadza się w zasadzie do dwóch lakonicznych zdań.

Z treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania nie sposób wywnioskować po pierwsze – jakie konkretnych przepisy ustawy regulujące zamówienie, zostały naruszone przez Zamawiającego, po drugie – na jakiej podstawie faktycznej i prawnej Zamawiający upatruje unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego (których podstawowy katalog zawiera mowa w art. 457 pzp).

W efekcie brak sporządzenia przez Zamawiającego prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania, pozbawiło Wykonawcę możliwości szczegółowego i pełnego zapoznania się ze stanowiskiem Zamawiającego, a w konsekwencji dokonania jego oceny i analizy.

• **umorzenie postępowania poza dopuszczalnymi przez pzp ramami czasowymi czyli po otwarciu ofert** [256 pzp]

W przytoczonym przepisie ustawodawca wskazuje dwie możliwości: przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Unieważnienie jest datowane na 14.11.2022 ponad trzy tygodnie po otwarciu ofert (zbiorcze zestawienie ofert i informacja o budżecie z 21.10.2022).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 listopada 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odnośnie pkt. 1 – Zamawiający unieważnił postępowanie ponieważ w toku prowadzonych czynności badania ofert oraz składanych przez Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert powziął informację o wystąpieniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnośnie pkt. 2 lit. a) – Zamawiający podał podstawę prawną z zapisów umożliwiających mu unieważnienie postępowania.

Jednocześnie Zamawiający nie może w sposób jednoznaczny dokonać ponownego badania i oceny ofert, że względu na to iż odpowiadając na pytania w niniejszym postępowaniu nie dopuścił możliwości oferowania procesora o wartościach poniżej minimum określonych dla części I i II w OPZ.

Odnosnie pkt. 2 lit. b) – Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ czynność unieważnienia postępowania została dokonana na etapie badania ofert, bez dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym bez zawierania umowy z Wykonawcą.

Odnosnie pkt. 3 – W opinii Zamawiającego przypadek ten nie ma zastosowania, ponieważ unieważnienie nastąpiło z art. 255 pkt 6) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), ze względu na faktyczne zaistnienie okoliczności wskazujących na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady w momencie badania ofert. Wykonawcy znając orzecznictwo nie mogli zaoferować sprzętu niezgodnego z dokumentacją zamówienia oraz z oświadczeniami Zamawiającego będącego odpowiedziami na złożone pytania w niniejszym postępowaniu – który to sprzęt nie spełnia przyjętych minimalnych wartości.

Zamawiający poniżej przedstawia szczegółowo swoje stanowisko i zwraca się do Izby o oddalenie odwołania w całości.

Stan faktyczny:

Niniejsze postępowanie dotyczy zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego podzielonego na dwie części: I – **Dostawa komputerów przenośnych** oraz II - **Dostawa zestawów komputerowych z monitorem, klawiaturą, myszą, kamerą internetową z mikrofonem**. Jest to zamówienie finansowane z programu **Cyfrowa Gmina - Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym „Granty PPGR”** ,Oś V. **Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia - REACT-EU Działanie 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia Program Operacyjny Polska Cyfrowa na lata 2014 – 2020.**

Postępowanie to zostało powtórzone z uwagi, że pierwotnie ogłoszone zamówienie zostało unieważnione z powodu przekroczenia kwot przewidzianych na jego realizację.

Zamawiający dokonał powtórzenia postępowania modyfikując Opis przedmiotu Zamówienia poprzez usunięcie cenotwórczego oprogramowania pakietu biurowego dołączanego do każdej sztuki zamawianego komputera przenośnego (laptopa) i do każdej sztuki komputera stacjonarnego - - niniejsze postępowanie oznaczono symbolem „(2)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2022-10-11 pod numerem 2022/BZP 00387393/01. Wraz z ogłoszeniem w tym samym dniu została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia zawierająca Opis Przedmiotu zamówienia..

Opis ten jest identyczny z pierwotnym postępowaniem, z pominięciem wymagania dostarczenia pakietu biurowego.

Wśród wymagań dla warunków zamówienia Zamawiający postawił **m. in. dla części I:**

Procesor: Liczba rdzeni procesora: min. 4, zaprojektowany do pracy w komputerach przenośnych, taktowany zegarem, co najmniej 2,60 GHz. Wymagane jest podanie nazwy i modelu procesora. Zaoferowany procesor musi uzyskiwać jednocześnie w teście Passmark CPU Mark wynik min.: **10000** punktów, wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie <https://www.cpubenchmark.net/laptop.html>

Standard zainstalowanego systemu operacyjnego: Zgodny z 64-bitową wersją systemu operacyjnego Microsoft Windows 11 Home PL, zainstalowany system operacyjny niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu. (...)

dla części II:

Procesor: Liczba rdzeni procesora: min. 4, zaprojektowany do pracy w komputerach klasy PC, taktowany zegarem co najmniej 3,5 GHz. Wymagane jest podanie nazwy i modelu procesora. Zaoferowany procesor musi uzyskiwać jednocześnie w teście Passmark CPU Mark wynik min.: 8800 punktów, wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie <https://www.cpubenchmark.net/desktop.html>

Standard zainstalowanego systemu operacyjnego: Zgodny z 64-bitową wersją systemu operacyjnego Microsoft Windows 11 Home PL, zainstalowany system operacyjny niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu. (...)

Zamawiający utrzymał w/w. warunki w niniejszym postępowaniu i oczekiwał, że złożone oferty będą przedstawiały taki sprzęt, który w pełni jest z nimi zgodny.

Na etapie publikacji do Zamawiającego wpływały pytania o wyjaśnienia treści SWZ. W dniu 17.10.2022 r. opublikował na stronie prowadzonego postępowania zawierające m.in. pytania dotyczące wydajności testów procesora:

1) Pytanie dotyczy zgody zamawiającego na zmianę zapisu specyfikacji wskazanego w tabeli z uwagi na poniższe uzasadnienie. 1. Procesor: Procesor wielordzeniowy ze zintegrowaną grafiką, osiągający w teście Pass Mark CPU wynik minimum 10 000. Zamawiający będzie weryfikował ten parametr na podstawie danych z pierwszej kolumny tabeli z wynikami testów procesorów, które są publikowane na stronie https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php. Wykonawca w składanej ofercie winien podać dokładny model oferowanego podzespołu. Istnieje szereg programów testujących, a co za tym idzie, publicznej instytucji zamawiającej nie zawsze jest łatwo ustalić, który test lub testy są właściwe dla jej zamówienia. Jeżeli zostanie wybrany nieodpowiedni benchmark, istnieje zagrożenie nabycia systemów komputerowych, które nie są właściwe dla użytkownika końcowego, oraz zagrożenie wykluczenia w sposób dyskryminujący z postępowania o udzielenie zamówienia oferentów, którzy sami w sobie są odpowiedni. Benchmarki syntetyczne Testy syntetyczne sprawdzają wydajność pojedynczych komponentów urządzenia nie oceniając jego faktycznej wydajności. Jednym z najbardziej popularnych testów syntetycznych jest PassMark CPU. Test ten ocenia wyłącznie wydajność procesora, a wyniki przeprowadzonego testu, wbrew temu czego można by oczekiwać od testu syntetycznego, uzależniane są od konfiguracji sprzętowej, w której przeprowadzono testy. Ta zależność wyniku od pozostałych komponentów oraz metoda obliczania wyników publikowanych na ogólnodostępnej stronie internetowej sprawia, że wynik osiągany przez ten sam procesor pracujący z tą samą częstotliwością zmienia się w czasie. Wymaganie uzyskania przez procesor zainstalowany w danym urządzeniu określonego, minimalnego wyniku testu PassMark CPU nie jest równoznaczne z osiągnięciem celu, którym powinien być zakup urządzeń zapewniających komfortową pracę jego przyszłych użytkowników. Cechy wspomnianego tutaj benchmarku utrudniają dokonywanie porównań. Różnice w wynikach osiągniętych przez ten sam procesor zmieniają się znacznie – nawet o kilkadziesiąt procent w ciągu kilku zaledwie dni. Tym samym wymaganie by nabywane urządzenia wyposażone były w procesor osiągający określony wynik w teście PassMark CPU uwidoczniony na określonej stronie internetowej jest wymaganiem niejednoznacznym, gdyż punkt odniesienia nie jest stały. Opis przedmiotu zamówienia odwołujący się do wyników testów syntetycznych może zatem prowadzić do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Benchmarki aplikacyjne Testy aplikacyjne zwane także testami użytkowymi wykorzystując konkretne aplikacje biurowe i multimedialne mierzą czas wykonywania różnych zadań, np. przetwarzania dokumentów czy obróbki obrazu. Testy aplikacyjne są narzędziami pozwalającymi na pomiar ogólnej wydajności urządzenia komputerowego, dzięki czemu dają bardziej obiektywne wyniki niż testy syntetyczne

mierzące wydajność jedynie jego wybranych komponentów. Rekomendacje Prezesa UZP dotyczące udzielenia zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych zalecają stosowanie testów aplikacyjnych dostarczanych przez organizację BAPCo. Testy te zalecane są także przez niemiecką organizację gospodarczą BITCOM zrzeszającą firmy z branży ICT. Także Komisja Europejska wymienia testy aplikacyjne na stronie poświęconej neutralności opisów przedmiotu zamówienia. W związku z powyższymi argumentami prosimy o dopuszczenie wyniku z przeprowadzonego testu Bapco Sysmark 25 jako alternatywnego dla wymaganego przez Zamawiającego testu Pass Mark CPU i dopuszczenie poniższego zapisu „Notebook w oferowanej konfiguracji musi osiągać w teście Bapco Sysmark 25 wyniki nie gorsze niż: Productivity – minimum 1110 Creativity – minimum 1020 Responsiveness – minimum 920 Overall Rating – minimum 1040” Powyższe motywujemy również faktem, iż test Pass Mark CPU jest testem syntetycznym. Testy syntetyczne przeważnie nie spełniają wymogu niezależności organizacji opracowującej dany zestaw testów, gdyż ich twórcami są firmy komercyjne. Metoda testowa, jak i algorytm kalkulacji wyniku nie jest udokumentowany. Wyniki testów nie są powtarzalne. Wyniki testów udostępniane w Internecie ustalane są na podstawie testów wysłanych przez użytkowników indywidualnych. Ponadto nie jest znana metoda kalkulacji wyniku testu prezentowanego w Internecie. Wyniki testów są silnie uzależnione od konfiguracji całego komputera (pamięć, karta graficzna, dysk, wersje oprogramowania, etc.). Wobec powyższego prosimy o zmianę.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuszcza zmian w specyfikacji. Zamawiający nie może dopasować zakładanej w OPZ konfiguracji, celem weryfikacji testów BAPCo., ze względu na fakt, iż testy te są przeprowadzane dla konkretnych ograniczonych konfiguracji sprzętowych.

2) Pytanie dotyczy: Załącznik nr 3 – OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ).

Zamawiający wymaga dostarczenia komputerów przenośnych wyposażonych w procesor, który uzyskuje w teście Passmark CPU Mark wynik min.: 10000 punktów, wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie <https://www.cpubenchmark.net/laptop.html>. Zwracamy uwagę iż wyniki testu PassMark CPU Mark publikowane na wskazanej przez Zamawiającego stronie dla danego procesora są zmienne w czasie oraz publikowane z dnia na dzień. W związku z

powyższym, zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o dopuszczenie komputerów przenośnych wyposażonych w procesory osiągające w teście Passmark CPU Mark wynik min.: 9925 punktów, różnica 75 pkt. w teście PassMark CPU Mark, nie wpłynie na końcowa wydajność oferowanych komputerów przenośnych.

Zgoda na powyższą zmianę pozwoli zaoferować wydajne oraz optymalne cenowo komputery przenośne.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuszcza zastosowania procesora poniżej 10000 punktów w teście Passmark CPU Mark.

Z powyższych pytań wynika, że zamawiający już na etapie składania ofert nie dopuszczał procesorów, których wyniki spadły poniżej wskazanego w OPZ poziomu.

Udzielając uprzednio odpowiedzi m.in. na następujące pytanie:

1) W związku z faktem, że przedmiot zamówienia przeznaczony jest dla użytkownika działającego w obszarze edukacyjnym, zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający zaakceptuje w zamawianych komputerach system operacyjny Windows 11 Pro Education dostarczany w ramach programu STF („Shape The Future”), który jest optymalny kosztowo? Firma Microsoft udostępniła dokument uprawniający tzw. „LOE” dla Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji (15568B), w którym informuje, że przyznany został wyjątek na wykorzystanie przez Gminy w ramach programu społecznego urządzeń, które umożliwią uczniom zdalne uczenie oraz użytek osobisty. Ponadto firma Microsoft udostępnia adres email na który można kierować zapytanie w sprawie możliwości wykorzystania licencji edukacyjnych w projekcie "Granty PPGR": edukacja@microsoft.com.

Odpowiedź Zamawiającego:

Przedmiot zamówienia nie jest przeznaczony dla użytkowników działających w obszarze edukacyjnym. Zamawiającym i płatnikiem jest gmina Dębica – sprzęt wraz z oprogramowaniem nie trafia do jednostek edukacyjnych typu przedszkola, szkoły podstawowe, zawodowe, średnie oraz szkoły policealne. W związku z powyższym Zamawiający nie zaakceptuje licencji na system operacyjny Windows 11 Pro Education dostarczany w ramach programu STF („Shape The Future”).

W tym miejscu Zamawiający zwraca uwagę, że Specyfikacja techniczna sprzętu (OPZ) była przygotowywana pod koniec lipca 2022. W tym czasie procesor, na którym zależało Zamawiającemu znacząco przekraczał granicę 10000 punktów w teście <https://www.cpubenchmark.net/laptop.html>. W związku z okresem wakacyjnym pierwotne postępowanie zostało ogłoszone w dniu 14 września 2022 roku. Przed samym ogłoszeniem przetargu (kilka dni wstecz) Zamawiający dokonał sprawdzenia, czy procesor na którym mu zależało spełnia wymogi – okazało się, że nadal znacząco przekracza poziom 10000 punktów, w związku z powyższym w specyfikacji został wskazany próg 10000 punktów.

W chwili obecnej, po unieważnieniu niniejszego (powtórzonego) postępowania, korzystając ze strony [Web.archive.com](https://www.cpubenchmark.net/laptop.html) Zamawiający może stwierdzić, że od czasu publikacji ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11.10.2022 r. procesor oferowany przez Odwołującego ani razu nie spełniał wymogów specyfikacji – ponad 10000 punktów w teście <https://www.cpubenchmark.net/laptop.html>.

Kilku Wykonawców, w tym Odwołujący złożyło oferty, w których wyniki punktowe procesorów znacząco odbiegały od wartości wymaganych przez Zamawiającego w OPZ i przez niego podtrzymanych w efekcie zadawanych pytań.

Odwołujący przedstawił ofertę z wynikiem procesora datowanym sprzed Ogłoszenia o zamówieniu, tj. sprzed 11.10.2022 r.

W tym momencie na etapie bada ofert Zamawiający zwrócił się w dniu 07.11.2022 r. do niektórych Wykonawców (w tym do Odwołującego) o udzielenie wyjaśnień z art. 107 ust. 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) dotyczących przedmiotowych środków dowodowych – z terminem udzielenia wyjaśnień do dnia 10.11.2022 r.

W wyniku analizowania otrzymanych w wymaganym terminie od Wykonawców (w tym od Odwołującego) wyjaśnień komisja przetargowa musiała uznać za konieczne dokonanie czynności unieważnienia postępowania, gdyż zawarcie umowy z najkorzystniejszym Wykonawcą prowadziłoby do zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy, z uwagi na fakt nie zachowania zasady równego traktowania Wykonawców.

Przygotowany Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) uniemożliwił Zamawiającemu właściwą ocenę ofert. Doprecyzowanie lub poprawienie zapisów specyfikacji technicznej (OPZ) nie było

dopuszczalne po upływie terminu składania ofert. W ten sposób złożone oferty stały się nieporównywalne i niezgodne z treścią dokumentacji postępowania.

Konkluzja:

Brak wskazania konkretnego dnia powoduje iż mimo, że oferty nie mogły być zgodne z treścią SWZ,. Oczywiście stało się, że nie jest możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Nie podanie konkretnego dnia, na jaki ma być przedstawiony wynik procesorów (analogicznie dla części I i II) umożliwia wykonawcom pełną dowolność przedkładania potwierdzeń testów – tym samym naruszając konkurencyjność postępowania.

Oferty z wynikami testów procesora odpowiednio dla I i II części postępowania wskazywały brak spełniania minimalnego wymogu określonego w OPZ na poziomie odpowiednio 10000 pkt (dla części I) i 8800 pkt (dla części II) już w momencie opublikowania Ogłoszenia o zamówieniu tj. od dnia 11.10.2022 r.

Na poparcie słuszności swoich działań Zamawiający wskazuje opublikowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej – Sygn. akt: KIO 645/19 Wyrok z dnia 25 kwietnia 2019 r. – podsumowanie ówczesnej sprawy, w zakresie dopuszczalności wyników testów procesorów:

*„(...) Odnosząc się natomiast merytorycznie do istoty sprawy, jaką jest to, czy komputer zaoferowany przez odwołującego osiąga wymagany wynik wydajności, przede wszystkim należy stwierdzić, że zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zgodnie zaś z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści siwz. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy następuje z chwilą złożenia oferty. Oznacza to, że od chwili złożenia oferta jest "ofertą" w rozumieniu kodeksu cywilnego (jeżeli zawiera istotne postanowienia umowy) i od tej chwili jej treść (przedmiot zamówienia, jego zakres, parametry, termin i sposób wykonania) musi być zgodna z treścią siwz. **Nie są zatem zasadne argumenty odwołującego, w myśl których brak wskazania w siwz daty, w której ma być osiągnięty wynik wydajności procesora, pozwala wykonawcy wykazać spełnienie ww. wymogu z jakiegokolwiek daty. Z ww. przepisów bowiem wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta ma być zgodna z siwz od początku, czyli od terminu składania ofert i dla skuteczności tych***

przepisów nie jest konieczne dodatkowe wskazywanie powyższego w siwz. W przedmiotowej sprawie oznacza to, że wymagany wynik wydajności procesora musi być osiągnięty na dzień składania ofert (21 lutego 2019 r.), nie zaś na dowolny dzień wybrany przez odwołującego.(...)”

Odnosząc ten fragment uzasadnienia sprawy z 2019 r. do sytuacji w jakiej znalazł się obecnie Zamawiający, poprzez własny błąd i w odniesieniu do aktualnego brzmienia art. 218 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), który wskazuje iż: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia” – **Zamawiający stwierdził, że oferty Wykonawców (w tym oferta Odwołującego) nie spełniają warunków zamówienia, gdyż w dniu otwarcia ofert, tj. 21.10.2022 r. nie spełniały wymogów określonych w OPZ.**

Przez „dokumenty zamówienia” rozumie się dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań

Dokumentami sporządzanymi przez Zamawiającego są także m.in. odpowiedzi i wyjaśnienia na zadawane w trakcie postępowania pytania. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do respektowania udzielonych oświadczeń (wyjaśnień).

Brak dokonania unieważnienia niniejszego postępowania w obecnym brzmieniu zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia naraziłoby Zamawiającego na zarzuty nierównoprawnego traktowania wykonawców.

Sytuacja, w której Zamawiający na etapie udzielania wyjaśnień na zadane pytania jednoznacznie określił, że nie dopuści procesorów niespełniających minimalnych wymagań SWZ (OPZ), po czym przyjąłby jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy (po dodatkowej analizie być może ofertę Odwołującego), który przedstawił procesor z wynikiem niższym niż minimalny – w okresie prowadzenia postępowania – naraziłby się na dodatkowe odwołanie o brak równego traktowania Wykonawców.

Przyjmując sytuację, że Zamawiający w wyjaśnieniach na złożone pytania zgodziłby się na przyjęcie procesorów o wynikach testowych poniżej przyjętego minimum, zmieniłby krąg wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę.

Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę na aspekt celowego wykorzystywania środków publicznych przez Zamawiającego. Celem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest transparentne wydatkowanie środków publicznych i umożliwienie kontroli ich wydatkowania. Dlatego tym bardziej Zamawiający musi zwracać uwagę, czy celowe jest wydatkowanie jak w niniejszym postępowaniu środków pieniężnych na komputery o parametrach niższych niż zakładano w OPZ, bowiem w dacie podpisywania umowy a na pewno w dacie wydatkowania środków parametry już będą odbiegały od zakładanych. Nie można też w taki sposób dyskryminować potencjalnych Wykonawców, którzy gdyby wiedzieli, że Zamawiający zawrze umowy na dostawę sprzętu o parametrach procesora poniżej parametrów opisanych w OPZ, to także złożąliby swoje oferty. Z tych względów Zamawiający musi prezentować jednoznaczne stanowisko i uznać, że zakładane parametry procesora muszą być aktualne w dacie składania oferty.

Podsumowanie:

Mając powyższe na uwadze przeprowadzone badanie i ocena ofert polegająca na wezwaniu Wykonawców do złożenia wyjaśnień skutkowało przesłanką do ich nieprzyjęcia przez Zamawiającego i unieważnieniem postępowania. Przyjęcie wyjaśnień prowadziło by do odrzucenia ofert Wykonawców (**w tym odrzucenie oferty Odwołującego**) w oparciu o przyjęte orzecznictwo, jako oferty niezgodne z warunkami zamówienia.

Odrzuceniu podlegałyby również oferty Wykonawców, którzy jako oprogramowanie systemu operacyjnego podali wersję edukacyjną lub akademicką, że względu na fakt, iż przedmiotowe dostawy sprzętu komputerowego skierowane są do użytkowników końcowych, którymi są osoby fizyczne (Rodzice i Opiekunowie dzieci z rodzin popegeerowskich) a nie jednostki edukacyjne sensu stricto – na podstawie udzielonych wyjaśnień.

Odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.)) w związku zacytowanym wyrokiem KIO 645/19 – podlegałyby co najmniej oferty wykonawców:

Oferta nr 1: PIXEL Centrum Komputerowe T. Dz. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 4: NTT Technology sp. z o.o. (potencjalnie – część I: Wykonawca nie złożył wyjaśnień, część II – system operacyjny w niedopuszczonej wersji)

Oferta nr 5: InFast sp. z o.o. (Odwołujący – część I: wynik procesora poniżej minimum, część II: system operacyjny w niedopuszczonej wersji)

Oferta nr 6: NEXUSTELECOM (część I: potencjalnie - Wykonawca nie złożył wyjaśnień / wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 7: iCOD.pl Sp. z o.o. (część I: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 8: PWH WIP – M. Sz.-G. (część I: taktowanie procesora poniżej minimum)

Oferta nr 9: Web-Profit M. K. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 11: CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 14: Suntar sp. z o.o. (część I – system operacyjny w niedopuszczonej wersji)

Odrzucenie ofert w w/w. przypadkach skutkowałoby możliwością odwołań Wykonawców, gdyż naruszeniu uległby art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) – w zakresie dotyczącym udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy.

Umowa zawarta w ten sposób podlegałaby unieważnieniu jako zawarta w konsekwencji naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców (także tych którzy ze względu na powstałą wadę postępowania nie mogli złożyć lub nie złożyli swoich ofert).

Zamawiający unieważnił postępowanie gdyż powstałej wady nie można było usunąć po dokonaniu czynności otwarcia ofert.

Jak widać po przedstawionych dowodach w sprawie, Zamawiający miał wszelką podstawę, by unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający po unieważnieniu niniejszego postępowania dokonał analizy Opisu Przedmiotu Zamówienia i wprowadził jednoznaczne zapisy wskazujące datę wykonania testowych wyników procesorów, a odpowiedni wykaz zawarł jako załącznik w nowej SWZ opublikowanej wraz z Ogłoszeniem o zamówieniu w dniu 15.11.2022 r. z aktualnym terminem otwarcia ofert przesuniętym na dzień 07.12.2022 r.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletyn Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00387393/01 z dnia 2022-10-11.

W dniu 18 listopada 2022 r. wykonawca Infast Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł

odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań poprzez:

- **bezpodstawne unieważnienie postępowania** mimo, braku wady, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, oraz w terminie niedopuszczalnym w pzp,

- **zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania**, co uniemożliwiło Odwołującemu zapoznanie się z pełnym stanowiskiem Zamawiającego, a następnie dokonanie jego oceny i analizy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. **art. 255 pkt 6 pzp** poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w którym nie występuje wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy,

2. **art. 260 pkt 1 pzp w zw. z art. 255 pkt 6 pzp** poprzez zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania, poprzez:

a. wskazanie konkretnych przepisów ustawy regulujących zamówienie, które Zamawiający naruszył,

b. wskazanie podstawy faktycznej i prawnej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

3. **art. 256 pzp** poprzez umorzenie postępowania poza dopuszczalnymi przez **ppz** ramami czasowymi czyli po otwarciu ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu zapoznanie się z pełnym stanowiskiem Zamawiającego, a następnie dokonanie jego oceny i analizy.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Infast Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Legionów 31, 35-111 Rzeszów, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 256 ustawy PZP, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy PZP, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego

zarzut nr 3 nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, natomiast zarzuty nr 1 i 2 odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w którym nie występuje wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz art. 260 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie podania prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności unieważnienia postępowania, są zdaniem Izby zasadne.

Izba wskazuje, że przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego podzielonego na dwie części, tj. część I w zakresie dostawy komputerów przenośnych oraz część II w zakresie dostawy zestawów komputerowych z monitorem, klawiaturą, myszą, kamerą internetową z mikrofonem.

Izba zważa, że w dniu 21 października 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy PZP przekazał informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. „Kwota ta wynosi: 507.500,00 zł brutto, w tym:

Część I – Dostawa komputerów przenośnych: 455.000,00 zł brutto.

Część II – Dostawa zestawów komputerowych z monitorem, klawiaturą, myszą, kamerą internetową z mikrofonem: 52.500,00 zł brutto”.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu na części I wpłynęło 12 ofert, z czego 10 ofert mieściło się w budżecie Zamawiającego, natomiast na część II wpłynęło 7 ofert, w tym jedna po terminie składania ofert, z których żadna z ofert nie mieściła się w budżecie Zamawiającego (zestawienie ofert z dnia 21 października 2022 r.).

Izba zważa, że zgodnie z załącznikiem nr 3 (OPZ), Zamawiający wymagał dla części I m.in. procesor, który musiał uzyskać jednocześnie w teście Passmark CPU Mark wynik min.: 10000 punktów, a wynik zaproponowanego procesora musiał znajdować się na stronie <https://www.cpubenchmark.net/laptop.html>, a także posiadać standard zainstalowanego systemu operacyjnego, zgodny z 64-bitową wersją systemu operacyjnego Microsoft Windows 11 Home PL niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu, natomiast dla części II m.in. procesor, który musiał uzyskać jednocześnie w teście Passmark CPU Mark wynik min.: 8800 punktów, a wynik zaproponowanego procesora musiał znajdować się na stronie <https://www.cpubenchmark.net/desktop.html>, a także posiadać standard zainstalowanego systemu operacyjnego, zgodny z 64-bitową wersją systemu operacyjnego Microsoft Windows 11 Home PL niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu.

Izba podkreśla, że wykonawcy w toku prowadzonego przedmiotowego postępowania zadawali pytania i zwracali uwagę Zamawiającemu na fakt, iż wybrany przez Zamawiającego test Passmark CPU Mark jest testem syntetycznym, bazującym na wynikach publikowanych przez użytkowników prywatnych i zmieniającym się w czasie. Różnice w wynikach osiągniętych przez ten sam procesor zmieniają się znacznie – nawet o kilkadziesiąt procent w ciągu kilku zaledwie dni, tym samym wymagane by nabywane urządzenia wyposażone były w procesor osiągający określony wynik w teście PassMark CPU uwidoczony na określonej stronie internetowej jest wymaganiem niejednoznacznym, gdyż punkt odniesienia nie jest stały.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający w dniu 17 października 2022 r. umieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania treść zapytań wraz z wyjaśnieniami odpowiadając na pytanie 1, że: „Zamawiający nie dopuszcza zmian w specyfikacji. Zamawiający nie może dopasować zakładanej w OPZ konfiguracji, celem weryfikacji testów BAPCo., ze względu na fakt, iż testy te są przeprowadzane dla konkretnych ograniczonych konfiguracji sprzętowych” oraz na pytanie 5, że: „Zamawiający nie dopuszcza zastosowania procesora poniżej 10000 punktów w teście Passmark CPU Mark”.

Następnie w dniu 7 listopada 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, a także do innych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w ramach złożonych przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy PZP. W wyniku uzyskanych wyjaśnień, Zamawiający, jak wskazuje w odpowiedzi na odwołanie, doszedł do wniosku, że brak jest wskazania konkretnego dnia, na jaki ma być przedstawiony wynik procesorów odpowiednio dla części I i II, co umożliwia wykonawcom „pełną dowolność przedkładania potwierdzeń testów – tym samym naruszając konkurencyjność postępowania”. Nadto Zamawiający stwierdził, że: „oferty wykonawców, w tym oferta Odwołującego nie spełniają warunków zamówienia, gdyż w dniu otwarcia ofert, tj. 21.10.2022 r. nie spełniały wymogów określonych w OPZ”.

Izba przedstawiając zarys historyczny w przedmiotowym postępowaniu podkreśla, jak słusznie zauważył Odwołujący, że odwołanie nie dotyczy parametrów technicznych procesora, lecz prawidłowości unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w trybie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Co istotne w niniejszej sprawie jest także to, że sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia podlegałyby co najmniej oferty wykonawców:

„Oferta nr 1: PIXEL Centrum Komputerowe T. Dz. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 4: NTT Technology sp. z o.o. (potencjalnie – część I: Wykonawca nie złożył wyjaśnień, część II – system operacyjny w niedopuszczonej wersji)

Oferta nr 5: InFast sp. z o.o. (Odwołujący – część I: wynik procesora poniżej minimum, część II: system operacyjny w niedopuszczonej wersji)

Oferta nr 6: NEXUSTELECOM (część I: potencjalnie - Wykonawca nie złożył wyjaśnień / wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 7: iCOD.pl Sp. z o.o. (część I: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 8: PWH WIP – M. Sz.-G. (część I: taktowanie procesora poniżej minimum)

Oferta nr 9: Web-Profit M. K. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 11: CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o. (część II: wynik procesora poniżej minimum)

Oferta nr 14: Suntar sp. z o.o. (część I – system operacyjny w niedopuszczonej wersji)”,

oznacza zdaniem Izby, że po pierwsze oferty nie spełniające wymogów OPZ podlegałyby odrzuceniu, a po drugie z powyższego również wynika, że nie wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu podlegałyby odrzuceniu (przy czym Izba nie ocenia prawidłowość twierdzeń Zamawiającego co do odrzucenia ofert wskazanych powyżej wykonawców).

Izba zważa, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Co wymaga podkreślenia, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie przy spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie

przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Oznacza to, że unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający obowiązany jest uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP, co powoduje, iż każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Istotne jest również to, że przepis art. 255 pkt 6 ustawy PZP ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy PZP.

Izba zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał podstawy unieważnienia umowy w zakresie art. 457 ust. 1 ustawy PZP, jedynie stwierdzając, że „naruszeniu uległby art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) – w zakresie dotyczącym udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy”. Izba uważa, że zgodnie z normą zawartą w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

W związku z powyższym dotyczy to tylko sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (tak wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21), a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Izba uważa, że w obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, w którym nie wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy.

Co do drugiego zarzutu, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy PZP, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zgadza się z Odwołującym, iż „brak sporządzenia przez Zamawiającego prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania, pozbawiło Wykonawcę możliwości szczegółowego i pełnego zapoznania się ze stanowiskiem Zamawiającego”. Uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 14 listopada 2022 r. (informacja o częściowym unieważnieniu postępowania – w zakresie części I i II) przez Zamawiającego sprowadza się bowiem tylko do dwóch lakonicznych zdań, a mianowicie:

„uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 255 pkt 6) Ustawy Prawo zamówień publicznych.

uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Tym samym, Zamawiający ograniczył się tylko do wskazania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP oraz zacytowania jego treści. Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują Zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej, natomiast uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu. Gdyby ustawodawca chciał, aby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło wyłącznie poprzez podanie przepisu prawnego bez uzasadnienia prawnego i faktycznego, to dałby temu wyraz w ustawie PZP.

W związku z powyższym, twierdzenia Zamawiającego, że nie mógł w sposób jednoznaczny dokonać badania i oceny ofert (o których wątpliwościach Zamawiający wiedział przed otwarciem ofert w wyniku zadawanych pytań przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu), nie powoduje zdaniem Izby, że wszystkie okoliczności i przesłanki składające się na unieważnienie postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy PZP, nie powinny się znaleźć w decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 14 listopada 2022 r.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył normę prawną art. 260 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Co do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 256 ustawy PZP poprzez umorzenie postępowania poza dopuszczalnymi przez PZP ramami czasowymi, czyli po otwarciu ofert, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 256 ustawy PZP, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Izba uważa, że okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione nie należy utożsamiać z wadą prowadzonego postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP, ponieważ te dwie podstawy prawne unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają autonomiczny charakter. Jako przykład Izba wskazuje, w którym przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 256 ustawy PZP znajdzie zastosowanie określa art. 90 ust. 3 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowania na podstawie art. 256.

Tym samym, rację ma Zamawiający, że „przypadek ten nie ma zastosowania, ponieważ unieważnienie nastąpiło z art. 255 pkt 6) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.)”.

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, w przypadku ziszczenia się wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie, powoduje, że Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania podając pełne uzasadnienie faktyczne i prawne. Natomiast w przypadku normy określonej w art. 256 ustawy PZP, daje on Zamawiającemu jedynie możliwość (fakultatywność) unieważnienia postępowania, dlatego też z powyższych względów zarzut ten nie mógł być przez Izbę uwzględniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: