

WYROK

z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ACTIO” S.C. w Biłgoraju** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Ryki**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Gminie Ryki** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ACTIO” S.C. w Biłgoraju** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wydajności oraz baterii i zasilania dla pozycji „Notebook ucznia – 176 szt.” a także w zakresie wydajności obliczeniowej i wsparcia technicznego producenta dla pozycji „Komputer dla nauczyciela – 10 szt.”;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Ryki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ACTIO” S.C. w Biłgoraju** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Ryki** na rzecz odwołującego **S.C. prowadzącego**

działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ACTIO” S.C. w Biłgoraju kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ryki, w imieniu której działa Burmistrz Ryk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wyposażenia, pomocy dydaktycznych i narzędzi TIK z przeznaczeniem do szkolnych laboratoriów przedmiotowych” (znak sprawy WIR.271.24.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2018 r. pod numerem 587487-N-2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 22 sierpnia 2018 r. wykonawca S.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ACTIO” S.C. w Biłgoraju (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta ta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”)

W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, ewentualnie (w przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia stosownych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp) - o nakazanie Zamawiającemu, by wezwał on Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w części I pkt 2 ppkt 1-4 uzasadnienia odwołania. Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego we wstępnym rankingu sporządzonym przez Zamawiającego po otwarciu ofert uzyskała maksimum punktów, jest to również oferta z najkorzystniejszą ceną w postępowaniu. Oferta Odwołującego jako jedyna z ofert złożonych w postępowaniu mieści się w budżecie Zamawiającego. Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego sprawi, że Odwołujący uzyska zamówienie. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wyjaśnił, że unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp jest jedynie pochodną naruszenia przez Zamawiającego Ustawy Pzp w postaci bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego i w tym zakresie powołał się na orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2094/11.

Uzasadniając podniesiony zarzut Odwołujący zwrócił uwagę na treść Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”), gdzie Zamawiający wskazał, iż oczekuje dostarczenia mu stosownych wydruków i linku do strony potwierdzających, że oferowany przedmiot dostawy tj. notebooki dla ucznia i komputery dla nauczyciela spełniają wymogi SIWZ:

- 1) dokumentem potwierdzającym spełnianie ww. wymagań będzie dołączony do oferty wydruk raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (str. 11 OPZ, wiersz „Wydajność”);
- 2) dokumentem potwierdzającym spełnianie ww. wymagań będzie dołączony do oferty wydruk raportu z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (str. 12 OPZ, wiersz „Bateria i zasilanie”);
- 3) dokumentem potwierdzającym spełnianie ww. wymagań będzie dołączony do oferty wydruk raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. (str. 27 OPZ, wiersz „Wydajność obliczeniowa”);
- 4) dostęp do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta zestawu realizowany poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera - do oferty należy dołączyć link strony (str. 35 OPZ, wiersz „Wsparcie techniczne producenta”).

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania, pismem z dnia 1 sierpnia 2018 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy będące przedmiotem jego oferty notebooki dla ucznia oraz komputery dla nauczyciela spełniają wymagania co do wydajności określone w SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył pismo, w którym potwierdził spełnianie wymagań Zamawiającego przez oferowany przez Odwołującego sprzęt. Odwołujący podniósł, iż w toku postępowania Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów, w szczególności dokumentów wskazanych w części I pkt 2 ppkt 1-4 uzasadnienia odwołania. Następnie Odwołujący wskazał, iż pismem z 17 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego. Z pisma tego wynika, że wyłączną przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było to, że Odwołujący „nie zastosował się do wymogów opisu przedmiotu zamówienia i nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów.” Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie były kwestie merytoryczne (np. niezadawalająca wydajność notebooków), Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień

Odwołującego nie zgłosił do nich żadnych zastrzeżeń (zarówno w zakresie formy, jak i treści).

Odwołujący przywołał brzmienie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, a następnie podniósł, iż obowiązki Zamawiającego określono w tym przepisie w sposób stanowczy, co oznacza, że w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył w toku postępowania dokumentów takich jak te wskazane w części 1 pkt 2 ppkt 1-4 uzasadnienia odwołania, to Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy nie wzywając go wcześniej do uzupełnienia tych dokumentów. Obowiązkiem Zamawiającego jest dążenie do wyboru oferty, której przedmiot będzie zgodny z jego oczekiwaniami i jednocześnie zapobieganiu odrzucaniu ofert, które przez np. niedopatrzenie wykonawcy w marginalnym zakresie nie odpowiadają formalnie treści SIWZ. Odwołujący powołał się na orzecznictwo zapadłe na gruncie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp potwierdzające słuszność stanowiska Odwołującego (wyroki o sygn. akt KIO 29/18 oraz KIO 2431/17).

Zamawiający na posiedzeniu przed Izbą w dniu 3 września 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący pominął w odwołaniu fakt, że nie zastosował się do wymogów opisu przedmiotu zamówienia i nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów. Zdaniem Zamawiającego świadczy to o tym, że Odwołujący przy przygotowywaniu oferty nie przeanalizował dokładnie przedmiotu zamówienia. Wskazał także, że Odwołujący nie skorzystał z instytucji wyjaśnienia treści SIWZ, w tym OPZ, który jest integralną częścią SIWZ konkretyzującą świadczenie. Zamawiający podniósł ponadto, iż brak załączonych testów wydajności uniemożliwił merytoryczną ocenę oferty w zakresie wydajności laptopów oraz wydajności komputerów stacjonarnych, a także czasu pracy laptopów w trybie pracy na baterii. Specyfika konfiguracji zastosowanych podzespołów w ramach zaoferowanego sprzętu może zasadniczo wpływać na szybkość i wydajność pracy komputera, dlatego tak istotne jest dołączenie testów wydajnościowych oferowanego sprzętu. Nawet niewielkie zmiany w konfiguracji zastosowanych podzespołów mogą zasadniczo wpłynąć na jego pracę. Zdaniem Zamawiającego testy wydajności konkretyzują świadczenie wykonawcy, a tym samym stanowią treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający podniósł ponadto, iż wystąpił do wszystkich wykonawców na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp o wskazanie czy oferowany sprzęt spełnia testy wydajności określone w OPZ. Bez uzyskania tej wiedzy Zamawiający nie był w stanie sprawdzić zgodności przedstawionej specyfikacji sprzętowej w OPZ. W trakcie oceny specyfikacji proponowanego sprzętu Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że bez dokumentów załączonych do oferty, które określone były w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest możliwa ocena wydajności proponowanych

komputerów oraz ocena czasu pracy baterii. Zamawiający wskazał, iż procedura wyjaśniania treści oferty nie może być prowadzona w celu uzupełniania brakujących dokumentów, taką możliwość wyłącza również procedura wynikająca z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił również, iż w jego ocenie wymagania, by wraz z ofertą zostały złożone dokumenty potwierdzające zgodność z treścią SIWZ było prawidłowe. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o obowiązku wezwania go przez Zamawiającego do złożenia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, Zamawiający wskazał na brak wykładni pojęcia tzw. „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” oraz aktualność orzecznictwa odnoszącego się do dokumentów niezbędnych do oceny zgodności oferty z OPZ, które nie mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, ponieważ mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto w ocenie Zamawiającego ewentualne wezwanie mogłoby służyć do usunięcia stwierdzonej przez wykonawcę niezgodności z treścią SIWZ i dawałoby mu możliwość wpływu na ocenę jakości oferowanego świadczenia po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z zawartością ofert konkurencyjnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba w pierwszej kolejności dokonała oceny czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, tj. czy Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp. Mając na względzie, iż czynności Zamawiającego, których zgodność z przepisami Ustawy Pzp Odwołujący kwestionował, doprowadziły w efekcie do odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania, Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów stawianych w odwołaniu miał on realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, jako że to jego oferta zawierała najkorzystniejszą cenę, a to właśnie cena w przedmiotowym postępowaniu była czynnikiem w praktyce decydującym o rankingu ofert, jako że wszyscy wykonawcy w drugim z kryteriów oceny ofert zaoferowali taki sam termin wykonania zamówienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem,

w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2018 r., pismo Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2018 r. złożone w odpowiedzi na to wezwanie, informację o odrzuceniu ofert z dnia 17 sierpnia 2018 r., informację o unieważnieniu postępowania z dnia 17 sierpnia 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 3 września 2018 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania.

Zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest dostawa wyposażenia, pomocy dydaktycznych i narzędzi TIK z przeznaczeniem do szkolnych laboratoriów przedmiotowych w ramach projektu „Modernizacja oraz wyposażenie laboratoriów w zakresie kompetencji kluczowych z terenu gminy Ryki,” której zakres rzeczowy obejmuje: prace modernizacyjne sal, w tym wykonanie sieci, dostawę i montaż specjalistycznych mebli, wyposażenie laboratoriów językowo-informatycznych w 10 szkołach w Gminie Ryki. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki nr 1a do SIWZ (wraz z dokumentacją rysunkową) i umowy oraz wzór umowy załącznik nr 2 do SIWZ.

W Rozdziale 5 SIWZ Zamawiający przedstawił wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania. Zamawiający wskazał w tym Rozdziale w szczególności jakie dokumenty wykonawcy mają złożyć w tym zakresie wraz z ofertą (tj. oświadczenia mające stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, składane zgodnie z wzorami stanowiącymi Załącznik Nr 4 i 5 do SIWZ) oraz jakie dokumenty mają zostać złożone po otwarciu ofert na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej (tj. dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ).

W punkcie 7.13 SIWZ Zamawiający podał, co powinna zawierać oferta, wskazując na formularz ofertowy sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 3 do SIWZ wraz z kalkulacją cenową; oświadczenia, o których mowa w pkt 5.1 SIWZ (składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu) według wzorów stanowiących odpowiednio Załącznik nr 4 i 5 do SIWZ; pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy (wykonawców występujących wspólnie), o ile ofertę składa pełnomocnik;

zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w pkt 4.5.1 i 4.5.4 SIWZ - jeżeli wykonawca polega na zasobach lub sytuacji podmiotu trzeciego.

W punkcie 11.4 SIWZ Zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 24aa Ustawy Pzp może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cenę o wadze 60% oraz termin wykonania zamówienia o wadze 40% (Rozdział 12 SIWZ).

W Załączniku nr 1a do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) przedstawiono wykaz sprzętu, pomocy i programów ze wskazaniem minimalnych parametrów technicznych. Dla przedmiotu dostawy „Notebook ucznia” w ostatnim akapicie wiersza „Wydajność” (str. 11 OPZ) wskazano, iż dokumentem potwierdzającym spełnianie opisanych tam wymagań będzie dołączony do oferty wydruk raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Analogiczny wymóg wskazano w wierszu „Bateria i zasilanie” (str. 12 OPZ). Wymóg dołączenia do oferty wydruku raportu z oprogramowania testującego lub wydruku zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wskazano również dla przedmiotu dostawy „Komputer dla nauczyciela” w wierszu „Wydajność obliczeniowa” (str. 26-27 OPZ). Z kolei w wierszu „Wsparcie techniczne producenta” (str. 35 OPZ) w ramach wymagań wskazano: dostęp do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta zestawu realizowany poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera – do oferty należy dołączyć link strony.

We wzorze formularza ofertowego stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ znajdowała się tabela, w której należało wskazać ceny dla poszczególnych przedmiotów dostawy. Zamawiający wymagał również wskazania w formularzu ofertowym producenta i modelu m.in. dla komputera przenośnego notebook ucznia (176 szt.) oraz dla komputera dla nauczyciela (10 szt.).

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: PHU BMS Z. B. Sp. j. z siedzibą w Kwidzynie z ceną 918 158,13 zł brutto, CEAZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu z ceną 919 468, 50 zł oraz oferta Odwołującego z ceną 726 503,28 zł. Wszyscy wykonawcy zaoferowali termin realizacji zamówienia 30 dni od dnia podpisania umowy.

Odwołujący w treści formularza ofertowego wskazał, iż oferuje m.in. dostawę komputera przenośnego notebook ucznia producenta Dell, model Latitude 3580 i3-6006U 500GB 4GB 3NBD Windows 10 w liczbie 176 sztuk za cenę jednostkową 2 260 zł brutto, jak również

dostawę komputera dla nauczyciela producenta Dell, model Optiplex 7450 Dell OptiPlex 7450AIO W10 Pro i5-7500/1TB/8/INT/3YNBD za cenę jednostkową 3 150 zł brutto.

W dniu 1 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień czy zaoferowany sprzęt:

1. Notebook dla ucznia (176 sztuk) – producent Dell model Latitude 3580 i3 6006U 500GB 4GB 3NBD Windows 10, posiada wydajność określoną przez zamawiającego, tj. w teście Bapco MobileMark 2014 Performance Qualification Rating – minimum 1100 punktów;
2. Komputer dla nauczyciela (10 sztuk) – producent Dell model Optiplex 7450 Dell Optiplex 7450AIO W10 Pro i5 – 7500/1TB/8/INT/3YNBD, posiada wydajność obliczeniową określoną przez zamawiającego tj. SYSmark® 2014 PerformanceTest: SM 2014 Overall Rating – co najmniej wynik 1600 pkt, Office Productivity – co najmniej wynik 1350 pkt, Media Creation – co najmniej wynik 1760 pkt, Data/Financial Analysis – co najmniej wynik 1800 pkt.

Wraz z pismem z dnia 6 sierpnia 2018 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu testy potwierdzające wydajności sprzętu komputerowego.

W dniu 17 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wskazał, iż Odwołujący nie zastosował się do wymogów opisu przedmiotu zamówienia i nie złożył wraz z ofertą dokumentów w zakresie:

Notebook ucznia:

- wydajność - wydruk raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;
- bateria i zasilanie - wydruk raportu z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;

Komputer dla nauczyciela:

- wydajność - wydruk raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;
- wsparcie techniczne producenta - dostęp do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta zestawu realizowany poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera – do oferty należy dołączyć link strony.

Z analogicznych względów Zamawiający odrzucił również oferty pozostałych dwóch

wykonawców.

W tym samym dniu Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 3 Ustawy Pzp, ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

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

Rozpoznając odwołanie Izba miała na względzie, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia był wyłącznie brak złożenia dokumentów wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w pozycjach wydajność, bateria i zasilanie (notebooka ucznia) oraz wydajność obliczeniowa, wsparcie techniczne producenta (komputera dla nauczyciela). Izba ustaliła, iż Zamawiający nie wskazał na konieczność złożenia ww. dokumentów i informacji ani w Rozdziale 5 SIWZ wskazującym m.in. jakie dokumenty należy złożyć wraz z ofertą oraz jakie dokumenty na wezwanie Zamawiającego ma złożyć wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, ani w punkcie 7.13 SIWZ zawierającym wyszczególnienie, co oferta musi zawierać. Nie sposób jednak pominąć okoliczności, że z treści OPZ, który stanowił integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynikał wymóg złożenia ww. dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą. Wymóg ten co prawda nie został transponowany do ogólnych postanowień SIWZ, niemniej nie budziło wątpliwości Izby, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalści, winni zapoznać się w sposób szczegółowy przed złożeniem oferty z całą dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i w sposób rzetelny skonstruować ofertę, z uwzględnieniem wszystkich wymagań wynikających z SIWZ, w tym wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia obowiązku złożenia wraz z ofertą określonych dokumentów i oświadczeń. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane w taki a nie inny sposób, a zatem w dacie składania ofert, jak i na etapie oceny ofert przez Zamawiającego miały one charakter wiążący.

W konsekwencji koniecznym stało się ustalenie, jaki charakter na gruncie dokumentacji postępowania, miały dokumenty i oświadczenia, których brak złożenia stał się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie było sporne pomiędzy Stronami, że były to oświadczenia i dokumenty, które dotyczyły spełnienia wymagań związanych z przedmiotem zamówienia. Istotą sporu pozostawała okoliczność czy były to oświadczenia i dokumenty, które konkretyzowały świadczenie wykonawcy i jako takie stanowiły treść oferty niepodlegającą uzupełnieniu w toku postępowania odwoławczego czy były to jedynie

oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego, które nie kształtowały treści oferty i których brak podlegał uzupełnieniu. Treść SIWZ nie zawiera jasnych postanowień w tym zakresie, a obowiązek złożenia wraz z ofertą innych dokumentów niż wskazane w punkcie 7.13 SIWZ wynikał wyłącznie z treści OPZ. Z kolei w Rozdziale 5 SIWZ, wśród dokumentów jakie mają zostać złożone po otwarciu ofert na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, nie wskazano na żadne dokumenty dotyczące spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Natomiast Izba miała na uwadze, iż z samego faktu żądania złożenia określonych oświadczeń czy dokumentów wraz z ofertą nie sposób w każdym przypadku wywodzić, iż ich treść stanowi merytoryczną treść oferty niepodlegającą uzupełnieniu. Podczas oceny skutków prawnych niezłożenia określonych oświadczeń lub dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia w ocenie Izby nie można pominąć okoliczności takich jak charakter tych oświadczeń lub dokumentów, cel ich złożenia czy zakres informacji, jaki wynikać ma z ich treści.

Izba stwierdziła, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym przede wszystkim treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wskazuje, iż sporne oświadczenia i dokumenty w żadnej mierze nie konkretyzowały świadczenia Odwołującego, lecz służyły wyłącznie potwierdzeniu spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w OPZ. Należy tutaj przede wszystkim zwrócić uwagę na brzmienie postanowień, które nakładały na wykonawców obowiązek złożenia tych dokumentów – Zamawiający wprost wskazywał, iż wydruki raportów z oprogramowania testującego lub wydruk zawartości ekranu (Print Screen ekranu) z przeprowadzonych testów będą „dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań” odpowiednio dla parametrów: wydajność, bateria i zasilanie (notebook dla ucznia) oraz wydajność obliczeniowa (komputer dla nauczyciela). Już z literalnego brzmienia tych postanowień wynika, że przedmiotowe wydruki miały zostać złożone nie w celu konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu dostawy, lecz w celu potwierdzenia spełnienia przez dostarczane notebooki/komputery wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. wynikających z OPZ minimalnych parametrów technicznych. Świadczenia wykonawców konkretyzowała treść formularza ofertowego, w którym zobowiązani byli oni wskazać producenta i model urządzeń oferowanych w pozycjach notebook ucznia i komputer dla nauczyciela. Wydruki z testów wydajnościowych oraz testów baterii służyły wyłącznie potwierdzeniu, że zaoferowany przez Odwołującego model notebooka/komputera danego producenta spełnia minimalne parametry techniczne w zakresie wydajności, baterii i zasilania (notebook dla ucznia) oraz wydajności obliczeniowej (komputer dla nauczyciela).

Twierdzenia Zamawiającego, iż specyfika konfiguracji zastosowanych podzespołów

w ramach zaoferowanego sprzętu może zasadniczo wpływać na szybkość i wydajność pracy komputera, dlatego tak istotne jest dołączenie testów wydajnościowych oferowanego sprzętu, nie zostały w żaden sposób potwierdzone w toku postępowania odwoławczego. Izba nie kwestionuje wywodów, iż sam parametr dotyczący wydajności ma istotne znaczenie z punktu widzenia Zamawiającego, niemniej powyższe stanowisko Zamawiającego nie stanowi zaprzeczenia okoliczności, że przedmiotowe wydruki służyć miały wyłącznie weryfikacji czy zaoferowane komputery spełniają wymagane parametry techniczne. Odwołujący w formularzu ofertowym jednoznacznie opisał przedmiot dostawy wskazując w pozycji notebook ucznia sprzęt producenta Dell, model Latitude 3580 i3-6006U 500GB 4GB 3NBD Windows 10 a w pozycji komputer dla nauczyciela sprzęt producenta Dell, model Optiplex 7450 Dell Optiplex 7450AIO W10 Pro i5-7500/1TB/8/INT/3YNBD, a testy miały zostać przeprowadzone na tak skonfigurowanym sprzęcie. Zamawiający nie wykazał, że z informacji zawartych w wydrukach z testów wydajnościowych czy wydrukach zrzutów ekranu będą wynikać jakiegokolwiek dodatkowe parametry urządzenia, konkretyzujące oświadczenie woli Odwołującego zawarte w ofercie. Izba zwraca także uwagę na stanowisko przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, iż „w trakcie oceny specyfikacji proponowanego sprzętu Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że bez dokumentów załączonych do oferty, które określone były w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest możliwa ocena wydajności proponowanych komputerów oraz ocena czasu pracy baterii.” Z powyższego w ocenie składu orzekającego również wynika, że przedmiotowe dokumenty służyły wyłącznie potwierdzeniu spełnienia wymaganych odnośnie wydajności i baterii parametrów technicznych, a nie konkretyzacji świadczenia wykonawcy (które Odwołujący notabene w treści formularza ofertowego opisał w sposób bardziej szczegółowy niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu). Jeżeli Zamawiający oczekiwał wskazania konkretnych parametrów technicznych urządzenia winien był odpowiednio uregulować tę kwestię w SIWZ, tak aby wykonawcy składając ofertę mieli świadomość, że zobowiązani są przedstawić specyfikację techniczną sprzętu, która jako istotny element oferty nie będzie mogła podlegać uzupełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Analogiczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do linku do strony internetowej, jaki wykonawcy mieli podać, aby potwierdzić, że zaoferowane w pozycji komputer dla nauczyciela urządzenie posiada dostęp do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta zestawu realizowany poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera. Nie sposób mówić, aby wskazanie odnośnika do strony internetowej miało w jakikolwiek sposób kształtować treść oferty, służyło ono wyłącznie weryfikacji czy zaoferowany model urządzenia konkretnego producenta posiada wsparcie techniczne producenta, a konkretniej dostęp do sterowników i uaktualnień na stronie producenta. Zamawiający zresztą ani w treści odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie

przed Izbą nie odnosił się do kwestii braku wskazania w ofercie Odwołującego linku do strony internetowej, a jedynie do wydruków z testów wydajnościowych i testów pracy baterii.

W ocenie Izby zarówno dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, jak i sam zakres spornych oświadczeń i dokumentów oraz cel, jakiemu miało służyć ich złożenie, tj. potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, przesądza, iż są to oświadczenia i dokumenty, których złożenie nie będzie prowadzić do zmiany treści oferty i zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie indywidualizują one przedmiotu oferty, który w sposób jednoznaczny wynikał z formularza ofertowego Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, zdaniem składu orzekającego, sporne oświadczenia i dokumenty miały w praktyce charakter oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, tj. tzw. oświadczeń i dokumentów przedmiotowych - potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Izba podkreśla raz jeszcze, iż status i charakter oświadczeń i dokumentów w konkretnym postępowaniu powinien być jednoznacznie określony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co ma istotne znaczenie w szczególności właśnie względem dokumentów przedmiotowych, dla których ustawodawca przewidział możliwość uzupełniania na etapie badania i oceny ofert. Odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ motywowana wyłącznie niezłożeniem określonych oświadczeń czy dokumentów, w sytuacji braku jasnego wyartykułowania przez Zamawiającego wymagań w tym zakresie, a dodatkowo gdy charakter tych oświadczeń lub dokumentów wskazuje, iż są to tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego, a nie dokumenty konkretyzujące świadczenia wykonawcy, w ocenie Izby przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że sporne oświadczenia i dokumenty stanowiły istotną treść oferty, która nie mogła podlegać uzupełnieniu.

W konsekwencji, mając na względzie, że niezłączone do oferty przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty miały w rzeczywistości charakter dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, Zamawiający nie powinien był wyjaśniać ich braku w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, lecz wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania

wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Izba miała na uwadze, iż zgodnie z art. 26 ust. 2 Ustawy Pzp zasadą jest, że dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp nie są składane wraz z ofertą, lecz dopiero na wezwanie Zamawiającego i tylko przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Niemniej mając na uwadze ukształtowaną w przedmiotowym postępowaniu treść SIWZ nie sposób pozbawić Odwołującego przysługującego mu prawa do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, ponieważ służyły one wyłącznie potwierdzeniu spełnienia wymagań Zamawiającego i nie kształtowały treści oferty Odwołującego, skonkretyzowanej już w formularzu ofertowym. Jak wynika z ugruntowanego orzecnictwa (por. m.in. wyrok KIO dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 213/17, wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2654/17, wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 2 czerwca 2017 r., sygn. akt VII Ca 198/17) wszelkie niejasności postanowień SIWZ winny być rozpatrywane na korzyść wykonawców, tym bardziej, że z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia możliwość zaskarżenia postanowień SIWZ zgodnie z art. 180 ust 2 Ustawy Pzp była istotnie ograniczona (do czynności określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego w łącznej kwocie 11 100 zł poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Przy czym Izba uwzględniła uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3600 zł, tj. niższej niż stwierdzona rachunkiem złożonym do akt sprawy, mając na uwadze, iż zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron obejmujące wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Przewodniczący: