

WYROK
z dnia 1 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Telewizję Polską S.A. w likwidacji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 86/24 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Telewizji Polskiej S.A. w likwidacji z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Telewizję Polską S.A. w likwidacji z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Telewizji Polskiej S.A. w likwidacji z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 2023 r., poz. 1605 wraz 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

Zamawiający: Telewizja Polska S.A. w likwidacji z siedzibą w Warszawie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Sukcesywną dostawę sprzętu komputerowego, oznaczenie sprawy: ZP/TITT/46/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 185-579073 z dnia 26 września 2024 r.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Odwołujący: Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 8 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich, zwanego dalej Przystępującym – naruszenie art. 239 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, przy:

2. odrzuceniu oferty Odwołującego wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o :

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

Nadto, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku:
 - unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującegoco ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, została uplasowana na drugiej pozycji po odrzuconym czynnością z dnia 29 grudnia 2023 r. wykonawcy CT ALFA sp. z o.o., przy łącznie trzech złożonych w przetargu ofertach i mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący podniósł, że uwzględnienie odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości Odwołującego, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżył powyższych czynności i zaniechania Zamawiającego, to może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa sprzętu komputerowego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania zawarty jest w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ -Wzór umowy.

Przytoczył postanowienia SWZ zawierające wymagania dotyczące treści oferty w postępowaniu, gdzie zgodnie z SWZ:

10.1 Na ofertę składają się:

10.1.1. Formularz oferty zgodny w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ;

10.1.2. Formularz asortymentowo-cenowy zgodny w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ.

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego – wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oświadcza w nim, że oferuje wykonanie całego zamówienia, zgodnie z wszelkimi wymogami dokumentów zamówienia oraz zgodnie z Formularzem asortymentowo-cenowym, stanowiącym integralną część oferty.

Zgodnie z SWZ Załącznik nr 1 SWZ Formularz Ofertowy wraz z integralną częścią w postaci specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu – Załącznik nr 2 stanowią treść oferty wykonawcy w postępowaniu. Zgodnie z Formularzem Załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający

wymagał od wykonawców w szczególności wypełnienia formularza poprzez podanie danych oferowanego asortymentu jak model, typ urządzenia, nazwa producenta.

Powołał się również na wymagania OPZ w zakresie komputera przenośnego klasy 3 –KP3 dotyczące wyświetlacza – podświetlenie LED, gdzie Zamawiający określił wymagania odnośnie komputera przenośnego KP3, który ma być wykorzystywany do aplikacji biurowych, aplikacji obliczeniowych i graficznych, dostępny do Internetu oraz poczty elektronicznej, wskazując w odniesieniu do wyświetlacza komputera przenośnego, aby posiadał on „podświetlenie LED”.

Zdaniem Odwołującego - wymaganie OPZ w zakresie konstrukcji wyświetlacza wskazuje jedynie, że ma to być wyświetlacz z podświetleniem LED. Wymóg ogranicza się wyłącznie do zastosowanego w konstrukcji wyświetlacza - podświetlenia LED nie narzucając ani nie ograniczając technologii z użyciem, której podświetlenie LED ma być realizowane.

Odwołujący wskazał, że OPZ nie wskazuje, aby wyświetlacz notebooka musiał być wyposażony w „podświetlany LED”, ale „podświetlenie LED”.

Powyższe oznacza – według Odwołującego, że możliwe było zaoferowanie w przetargu jako w pełni zgodnych z SWZ wyświetlaczy w komputerach przenośnych, które posiadają podświetlenie LED, nie ograniczając technologii do określonego sposobu w jaki podświetlenie LED jest dokonywane (brak wymogu, aby to diody LED podświetlały wyświetlacz a jedynie aby wyświetlacz posiadał podświetlenie LED).

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z powszechnie stosowanymi definicjami LED (tak przykładowo: https://pl.wikipedia.org/wiki/Dioda_elektroluminescencyjna) oznacza:

Dioda elektroluminescencyjna, dioda świecąca, dioda emitująca światło, LED (ang. lightemitting diode) – dioda zaliczana do półprzewodnikowych przyrządów optoelektronicznych, emitujących promieniowanie w zakresie światła widzialnego, podczerwieni i ultrafioletu. (...) Luminescencja jest zjawiskiem fizycznym polegającym na emitowaniu przez materię promieniowania elektromagnetycznego pod wpływem czynnika pobudzającego, które dla pewnych długości fali przewyższa emitowane przez tę materię promieniowanie temperaturowe. W diodzie elektroluminescencyjnej (LED) mamy do czynienia z elektroluminescencją, przy wytworzeniu której źródłem energii pobudzającej jest prąd elektryczny dostarczony z zewnątrz, czasami pole elektryczne.

Wywodził, że w świetle powyższego wymagania SWZ, dopuszczalne było zaoferowanie w postępowaniu każdego wyświetlacza wyposażonego w podświetlenie LED

niezależnie od tego czy są to wyświetlacze w których diody elektroluminescencyjne podświetlają matrycę czy też diody te emitują światło uzyskując efekt jakiego wymaga Zamawiający w SWZ tj. podświetlenie LED. W każdym z rozwiązań wymaganie SWZ „podświetlenie LED” jest spełnione, a wyświetlacz jest w pełni zgodny z SWZ.

Odwołujący przyznał, że w zakresie Komputera KP3 zaoferował w postępowaniu komputer Dell Precision 7680 z wyświetlaczem o rozdzielczości zgodnej z SWZ tj. 3840x2400 – OLED zgodnie z dokumentacją producenta Dell w odniesieniu do wyświetlacza (zaoferowana Opcja 3 – rozdzielczość zgodna z SWZ – okoliczność niekwestionowana już aktualnie przez Zamawiającego): <https://dl.dell.com/content/manual17941455-precision-7680-konfiguracja-ispecyfikacje.pdf?language=po-pl>.

Przytoczył uzasadnienie Zamawiającego do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29 grudnia 2023 r., gdzie Zamawiający uznał, że: „Zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta DELL dla oferowanego przez Wykonawcę Typu/Modelu komputera „Precision 7680” spośród dostępnych trzech możliwych konfiguracji, tylko dwie posiadają wyświetlacz w wymaganej technologii z podświetleniem LED, lecz żadna z nich nie posiada wymaganej zgodnie z OPZ rozdzielczości co najmniej 2560x1600 pikseli. Trzecia dostępna konfiguracja komputera „Precision 7680” o rozdzielczości 3840x2160 posiada wyświetlacz wykonany w technologii OLED, innej niż wymagana (ekran bez podświetlenia, złożony z pikseli będących diodami świecącymi OLED), co potwierdza o niespełnieniu wymagania postawionego przez Zamawiającego w OPZ”.

Zapewnił, że zaoferowany komputer posiada wyświetlacz w technologii LED – zgodnej z SWZ (dioda elektroluminescencyjna, dioda świecąca, dioda emitująca światło).

Wskazał, co wprost wynika z opisu pkt 2.11 OPZ (stanowiącego załącznik nr 1 do Wzoru umowy, załącznik nr 3 do SWZ), że SWZ nie wykluczała możliwości zaoferowania wyświetlacza wyposażonego w diody elektroluminescencyjne LED, emitujące światło, typu organicznego.

Odwołujący podał również poniższą definicję z Wikipedii (https://pl.wikipedia.org/wiki/Organiczna_dioda_elektroluminescencyjna):

Organiczna dioda elektroluminescencyjna, OLED (od ang. organic light-emitting diode) – należy do rodziny diod elektroluminescencyjnych (LED), wytwarzana ze związków organicznych. Wykorzystywana jako powierzchniowe źródło światła. Stosuje się je do budowy elastycznych wyświetlaczy, telewizorów lub innych urządzeń przenośnych.

Wyświetlacze wyprodukowane w technologii OLED są wyjątkowo cienkie za sprawą braku potrzeby ich podświetlania, gdyż diody samoistnie generują światło.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że zaoferował notebook posiadający wyświetlacz z podświetleniem LED, a więc zgodnym z SWZ.

Podkreślił przy tym, że wymóg nie wskazuje na ograniczenie wyłącznie do LED odrębnie podświetlających, co wykluczałoby zaoferowanie wyświetlacza z diodami LED niewymagającymi odrębnego podświetlenia jak w przypadku OLED.

Zaznaczył, że z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający upatruje podstawy uznania oferty za niezgodną z wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia, w związku z faktem zaoferowania wyświetlacza wykonanego w technologii OLED, rzekomo innej niż wymagana „ekran bez podświetlenia, złożony z pikseli będących diodami świecącymi OLED”.

Zdaniem Odwołującego - SWZ, wbrew powyższemu twierdzeniu Zamawiającego, nie wymaga zaoferowania wyświetlacza wykonanego z określonego rodzaju diód LED. Dioda OLED to jak wskazują definicje to dioda elektroluminescencyjna (LED).

Stwierdził, że Zamawiający nie wymagał, by Wykonawca w postępowaniu zaoferował wyświetlacz „podświetlany—LED”, ale wyświetlacz z podświetleniem LED i taki został Zamawiającemu zaoferowany w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że wymaganie SWZ zgodnie z jego faktycznym brzmieniem nie wskazuje na konieczność zaoferowania w postępowaniu komputera z diodami LED odrębnie podświetlanymi, a jedynie posiadającego wyświetlacz z „podświetleniem LED”.

Odwołujący argumentował, że w przypadku matrycy w komputerze zaoferowanym przez Odwołującego podświetlenie LED jest uzyskiwane za pomocą emisyjnej warstwy elektroluminescencyjnej, która emituje światło w odpowiedzi na prąd elektryczny. Jak wykazano powyżej, SWZ nie wymaga zaoferowania wyświetlacza podświetlanego LED ale wyświetlacza z podświetleniem LED.

Zdaniem Odwołującego - SWZ nie przesądza w żaden sposób aby podświetlenie LED miało być realizowane wyłącznie w jeden określony sposób tj. przy zastosowaniu narzuconej techniki podświetlenia. Wymaganie OPZ w zakresie konstrukcji wyświetlacza wskazuje jedynie że ma to być wyświetlacz z podświetleniem LED. Wymóg ogranicza się wyłącznie do zastosowanego w konstrukcji wyświetlacza - podświetlenia LED.

Przekonywał, że skoro zatem Odwołujący zaoferował w postępowaniu komputer wyposażony w wyświetlacz z wymaganym podświetleniem LED uznać należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania zaoferowania asortymentu niezgodnego z SWZ.

Zauważył również, że zgodność zaoferowanego wyświetlacza z wymaganiami SWZ w jego obowiązującym w postępowaniu brzmieniu potwierdza dodatkowo oświadczenie producenta Dell stanowiące Załącznik nr 1 do odwołania.

W ocenie Odwołującego - co wynika z przebiegu postępowania, Zamawiający wyłącznie szukał pretekstu do odrzucenia oferty Odwołującego bowiem, co wynika z dokumentacji postępowania, pierwotnie czynnością z dnia 19.12.2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego także w związku z tym samym komputerem KP3, uznając tym razem, że posiada matrycę o rozdzielczości mniejszej niż wymagana tj: „W składającym się na ofertę, złożonym przez BCODERS Formularzu asortymentowo cenowym w wierszu 11 tabeli zaoferowany został Komputer przenośny klasy 3 – KP3 producenta „Dell”, Typ/Model komputera: „Precision 7680”, (...).

Odwołujący podniósł, że w wierszu 3 tabeli „Wyświetlacz” Zamawiający wymagał, aby rozdzielczość oferowanego Komputera przenośnego klasy 3 – KP3 wynosiła co najmniej 2560x1600 pikseli, natomiast zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta rozdzielczość matrycy oferowanego typu/modelu komputera wynosi 1920x1200 pikseli, co jest niezgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego.”

Odwołujący wskazał również, że w wyniku złożenia przez do Zamawiającego zastrzeżeń co do braku podstawy odrzucenia oferty, Zamawiający w dniu 29 grudnia 2023.r dokonał na przestrzeni kilkunastu minut dwóch czynności tj. anulował pierwotny wybór w tym odrzucenie oferty Odwołującego uznając, że jednak matryca jaką zaoferowana posiada faktycznie rozdzielczość zgodną z SWZ, dopatrując się tym razem podstawy odrzucenia w fakcie zaoferowania w tym komputerze wyświetlacza w technologii innej niż rzekomo wymagana tj. „ekran bez podświetlenia, złożony z pikseli będących diodami świecącymi OLED”.

W ocenie Odwołującego - w świetle wiążących Zamawiającego na etapie oceny ofert wymagań SWZ, Zamawiający nie mógł stwierdzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia ponieważ ta nie występuje.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków

jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia, przy zakazie dokonywania na tym etapie postępowania nadinterpretacji wymagań OPZ czy też zmian wymagań.

Tak przykładowo:

Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., sygn. KIO 1603/22:

„Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Odrzucając ofertę za niezgodność z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. pkt 5 Prawa zamówień publicznych zamawiający powinien mieć pewność, że niezgodność taka występuje, co w niniejszej sprawie nie zostało przez zamawiającego stwierdzone.”

KIO 708/23, wyrok z dnia 31 marca 2023 r.

Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne, konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

KIO 1090/23, wyrok z dnia 24 maja 2023 r.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.

Stwierdził, że Izba w orzecznictwie słusznie wskazuje na obowiązki Zamawiającego dotyczące ścisłej, zawężającej nie zaś rozszerzającej interpretacji wymagań przetargowych – tak przykładowo:

KIO 891/23, wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu rozumienia dokumentacji

postępowania, którego nie ujawniono wprost w treści dokumentacji postępowania. Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

KIO 560/23, wyrok z dnia 16 marca 2023 r.

Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. (...)

Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca - zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ.

O ile zatem intencją Zamawiającego było odmienne sformułowanie wymagań co do technologii wyświetlacza komputera winien był na odpowiednim etapie postępowania przed terminem składania ofert wymagania takie wprost wyartykułować - gdyby Zamawiający nie dopuszczał rozwiązania jakie zaoferował Odwołujący winien w sposób jednoznaczny i klarowny inaczej sformułować wymóg np. „podświetlany LED”.

Jak zasadnie wskazuje orzecznictwo Izby:

KIO 720/23, wyrok z dnia 30 marca 2023 r.

Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Odwołujący wskazuje, że interpretacja jakiej dokonuje w odniesieniu do jasnego dla Odwołującego wymagania SWZ, skutkująca w dodatku bezzasadnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania, jest niedopuszczalna.

Dodatkowo gdyby nawet w świetle powyższych okoliczności faktycznych uznać, że określenie wymagania zawartego w SWZ mogło budzić wątpliwości interpretacyjne to wskazać należy na jednolite orzecznictwo Izby w odniesieniu do konieczności stosowania w takich sytuacjach interpretacji prowykonawczej tego rodzaju postanowień dokumentacji przetargowych – tytułem przykładu:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2021 r. sygn. akt KIO 2493/21

Nadto, zwracając uwagę, że w orzecznictwie KIO wskazuje się na obowiązek interpretowania wszelkich nieścisłości na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest do należytego opracowania dokumentacji przetargowej, której brzmienie powinno być jasne, m.in. w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17, w którym Izba orzekła: "Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności, nieścisłości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy", w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. o sygn. akt KIO 660/15: "obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.", w wyroku z 24 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2100/18, zgodnie z którym "w przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców" (Tak również, m.in. w uchwale z 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 oraz wyroku SO w Szczecinie z 7 marca 2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18). Analogiczne stanowisko zajmują sądy powszechne - np. SO w Nowym Sączu w wyroku z 18 marca 2015 r. o sygn. akt: III Ca 70/15 uznał, iż: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...).".

Zdaniem Odwołującego - skutkiem nadinterpretacji wymagań SWZ przez Zamawiającego jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych takich jak wyrażona w art. 16 ustawy Pzp zasada równości oraz uczciwej konkurencji ale także zasady efektywności o której mowa w art. 17 ustawy Pzp.

Według Odwołującego - w wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto do naruszenia zasady przejrzystości postępowania zaś dodatkowym skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego jest wybór oferty najdroższej spośród złożonych w postępowaniu (różnica na poziomie 699 892,14 zł brutto).

W przedmiotowej sprawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 26 stycznia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, oświadczenie producenta Dell sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 5 stycznia 2024 r., cztery wydruki ze stron internetowych dotyczące parametrów monitorów tego producenta, Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 29 grudnia 2023 r., odpowiedź na odwołanie z dnia 26 stycznia 2024 r., pismo procesowe Odwołującego z dnia 25 stycznia 2024 r. oraz z dnia 1 lutego 2024 r. wraz z dowodami od D1 do D5, dowodów Zamawiającego od 1 do 9 złożonych na posiedzeniu, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art.16 ustawy Pzp, art.239 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że Zamawiający opisał w pkt 2.11 l.p. 3 załącznika nr 1 do umowy stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w SWZ komponent komputera przenośnego klasy 3 - KP3 w postaci wyświetlacza wymaganie: „podświetlenie led”.

Izba stwierdziła, że Zamawiający żadnego dodatkowego opisu technicznego, technologicznego czy funkcjonalnego dotyczącego wymaganego podświetlenia led nie dokonał.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba uznała stanowisko Zamawiającego za chybione.

Stosownie do art.226 ust.1pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wyżej wskazano, bezsporna pomiędzy stronami jest okoliczność, że Zamawiający ustanowił warunek posiadania przez komputer przenośny klasy 3 – KP3 podświetlenia LED, co wynikało z pkt 2.11, l.p.3 opisu przedmiotu zamówienia z SWZ.

Wymaga podkreślenia, że na tle powyższego warunku Zamawiający nie zastrzegł wymaganej technologii dla tego spornego parametru, ani szczegółowo nie opisał tego jednostkowego parametru.

Zamawiający również nie żądał od wykonawców przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych na wykazanie powyższych okoliczności związanych z wykazywaniem odpowiedniej technologii, co wynika z faktu, że SWZ nie przewidywała złożenia takich środków, ani nie określała samej procedury oceny takiego parametru związanego z określoną technologią przez Zamawiającego na etapie oceny ofert.

Izba oceniając możliwość wystąpienia niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia uznała, że taka kolizja mogłaby wystąpić jedynie w przypadku jednoznacznej różnicy co do treści tych dwóch badanych elementów.

W rozpoznawanej sprawie Izba oparła się przede wszystkim na kluczowym dowodzie złożonym przez Odwołującego, to jest na oświadczeniu producenta Dell sp. z o.o. z dnia 5 stycznia 2024 r. potwierdzającego, że zaoferowany komputer spełnia wymaganie Zamawiającego zawarte w OPZ, tj. wyświetlacz posiada podświetlenie LED.

Konkretyzacja poświadczenia spełniania przez zaoferowany wyświetlacz spornego warunku zamówienia została również zawarta w dodatkowym oświadczeniu upoważnionego przedstawiciela producenta Dell sp. z o.o. z dnia 31 stycznia 2024 r. (vide: dowody D1), gdzie ten wyjaśnił, że „W skrócie OLED pełni rolę źródła światła (podświetlenie) jak i jest jednocześnie samodzielnym emitorem światła (technologia wyświetlania)”.

Jeżeli chodzi o cztery dowody załączone przy odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 stycznia 2024 r. przez Zamawiającego w postaci informacji dotyczących parametrów monitorów, to nie dotyczyły one monitora spornego komputera przenośnego i wobec tego nie mogły być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy.

Pozostałe dowody Zamawiającego – zdaniem Izby – miały charakter opinii prywatnych poszczególnych podmiotów w zakresie różnic technologicznych podświetlenia monitora i nie przesądzały czy zaoferowany przez Odwołującego wyświetlacz miał podświetlenie LED.

Jeżeli chodzi o dowody Zamawiającego od nr 1 do 3 z korespondencji mailowej Izba uznała je za nieprzydatne i powołane jedynie dla zwłoki w rozpoznawanej sprawie, a okoliczności wymagające rozstrzygnięcia zostały wykazane za pomocą dokumentów zamówienia i powyższych oświadczeń producenta wyświetlacza.

Stosownie do art. 541 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Wymaga wskazania, że Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2024 r. został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia niezwłocznie pism procesowych, a także do przedstawienia przy tych pismach procesowych dokumentów i innych dowodów wraz z ich spisem, istotnych do rozstrzygnięcia odwołania ze wskazaniem do tych dowodów odpowiedniej tezy dowodowej wraz z jej uzasadnieniem, na zasadzie art. 536 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) w terminie nie dłuższym niż 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

Zamawiający został również wezwany o niezwłoczną wymianę pism wraz z dowodami pomiędzy stronami i uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający treści tego wezwania w całości nie wykonał.

Zdaniem Izby - należy podkreślić, że zgodnie z art.534 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Konkretyzację tego przepisu stanowi art. 516 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Dodatkowo, istotne jest, że w myśl przepisu art.536 ustawy Pzp Skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

W rozpoznawanej sprawie Skład orzekający w dniu 23 stycznia 2024 r. wydał takie zarządzenie zobowiązujące, czego następstwem było powyższe wezwanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Co prawda przepis art.535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, jednak nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że racjonalny ustawodawca jako „dowody na poparcie swoich twierdzeń”, które mogą być przedstawiane do zamknięcia rozprawy rozumiał takie dowody, które nie były znane Zamawiającemu w dacie wniesienia odwołania lub, które z przyczyn niezależnych od Odwołującego mógł pozyskać dopiero na etapie otwartej rozprawy.

Według zapatrywania Izby – za taką wykładnią przemawiają przede wszystkim argumenty systemowe, które zostały wyżej omówione (art.516 ust.1 pkt 10, art.534 ust.1, art.536 ustawy Pzp), a także względy ekonomiki procesowej wsparte normą przepisu art. 544 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby.

Zamawiający składając powołane wyżej dowody w dniu rozprawy, to jest dopiero w dniu 1 lutego 2024 r., podczas gdy korespondencja mailowa była prowadzona w dniach 17 i 18 stycznia 2023 r. i w tej dacie pozyskał te dowody, nie wykazując okoliczności, dlaczego nie załączył tych dowodów do odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 stycznia 2024 r. i tym

samym nie wykonał w całości zarządzenia Składu orzekającego z dnia 23 stycznia 2024 r. – w przekonaniu Izby – powołał te dowody jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby – dowody te jednak nie mogły wpłynąć na zmianę powołanej na wstępie oceny prawnej przedmiotowej sprawy z racji braku eksperckiego charakteru przedstawionych w tej korespondencji opinii (vide szczególnie: korespondencja z tpv-tech.com z dnia 18 stycznia br., gdzie wystawca zastrzegł, że nie jest to stanowisko eksperckie), a także z tego powodu, że istotnymi dowodami w tej sprawie były powołane wyżej oświadczenia producenta przedmiotowego wyświetlacza komputera przenośnego.

Pozostałe zaś dowody były pomiędzy stronami bezsporne (por. dowody Zamawiającego od nr 4 do nr 9), bowiem Odwołujący nie zaprzeczył, że zaoferował wyświetlacz w technologii OLED.

Izba nie uznała również argumentacji pełnomocnika Przystępującego, że doszło do przyznania przez Odwołującego okoliczności przyznania braku podświetlenia led, bowiem z tej definicji ze strony 7-8 OLED nie wiadomo czy chodzi dokładnie o podświetlenie led.

Zgodnie z art. 533 ust.1 ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Nie mając zatem pewności co do tego czy w definicji tej chodzi o podświetlenie led Izba nie mogła uznać ewentualnego przyznania za skuteczne, tym bardziej, że przyznanie takiej okoliczności byłoby sprzeczne z innymi ustaleniami w sprawie wynikającymi z oświadczenia producenta.

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z 542 ust.1 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Izba uznała zebrany w sprawie powyższy materiał dowodowy za wystarczający do jej rozstrzygnięcia.

Powyższe stanowisko Izby wzmocniły oświadczenia stron i uczestnika złożone na posiedzeniu przed Izbą, gdzie „Na pytanie Przewodniczącego, czy strony i uczestnik

składają jeszcze inne wnioski dowodowe strony i uczestnik zgodnie oświadczyli, że innych wniosków składać nie będą”.

Izba wzięła również pod uwagę fakt, że Zamawiający nie zawarł w treści SWZ wyraźnego zastrzeżenia, że nie zaakceptuje technologii OLED.

Wydaje się również prawie pewne, że gdyby Zamawiający takie zastrzeżenie uczynił na gruncie SWZ wykonawcy mieliby prawo zaskarżyć takie ograniczenie technologii OLED do innych wyświetlaczy opartych także na podświetleniu led.

Ograniczenie takie miałyby miejsce w sytuacji, gdy na rynku oferowane są równoważne technologie korzystające z lamp ledowych, w tym również te oparte na technologii OLED.

Zamawiający na poparcie swoich potrzeb uzasadniał, że rozwiązanie OLED może powodować wcześniejsze wypalenie matrycy wyświetlacza.

Izba potraktowała te argumenty za mało przekonujące z dwóch powodów.

Po pierwsze, sam Zamawiający przewidział w SWZ okres 36 miesięcy gwarancji na wszystkie komponenty sprzętowe, a zatem w tym okresie będzie on mógł oczekiwać od wykonawcy wymiany matrycy na wolną od wad.

Jeżeli Zamawiający w ramach uzasadnionej potrzeby przykładałby szczególną wagę do trwałości matrycy, to powinien przewidzieć odpowiednio dłuższy okres gwarancji dotyczący tego komponentu, czego nie uczynił.

Po drugie, producent Dell w oświadczeniu z dnia 31 stycznia 2024 r. stwierdził, że komputery przenośne Dell Precision 7680 nie posiadają wady „wypalenia fragmentu ekranu”, a Zamawiający nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu potwierdzającego wady tej technologii podświetlania led w technologii OLED.

Wobec tego należało przyjąć, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z powołanym wyżej warunkiem zamówienia w sytuacji potwierdzenia przez producenta sprzętu, który najlepiej zna swój produkt, spełniania przez to urządzenie spornego parametru, było działaniem Zamawiającego naruszającym przepis art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Konsekwencją powyższego naruszenia prawa jest konieczność uznania, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego wbrew dyspozycji przepisu art.239 ustawy Pzp.

Ostatecznie, Izba reprezentuje pogląd, że Zamawiający dokonał bardzo restrykcyjnej wykładni powołanego wyżej warunku zamówienia dotyczącego podświetlenia led, co samo w sobie już świadczy o tym, że warunek ten został opisany zbyt ogólnie, pozostawiając pole do arbitralnej decyzji dla Zamawiającego co do wyboru danego wykonawcy, a to oznacza naruszenie zasady przejrzystości, o której mowa w art.16 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, zastosowana przez Zamawiającego interpretacja warunku posiadania podświetlenia led była nieproporcjonalna, w okolicznościach, w których Zamawiający wyraźnie nie wykluczył technologii wyświetlacza OLED, które to rozwiązanie techniczne jest – w przekonaniu Izby - równoważne wobec innych wyświetlaczy LCD zawierających podświetlenie led, a takie zachowanie Zamawiającego należy traktować jako naruszające zasadę proporcjonalności, która została przewidziana w art.16 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....