

Sygn. akt: KIO 632/19

Sygn. akt: KIO 645/19

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec** (KIO 632/19),
- B. w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Web-Profit M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie** (KIO 645/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wińsko, Plac Wolności 2, 56-160 Wińsko,**

przy udziale:

- 1. wykonawcy **KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 632/19 i KIO 645/19 po stronie zamawiającego,
- 2. wykonawcy **PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 645/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. **oddala odwołania o sygn. akt: KIO 632/19 i KIO 645/19,**

2. kosztami postępowania obciąża: w sprawie o sygn. akt KIO 632/19 – wykonawcę **PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec**, zaś w sprawie o sygn. akt KIO 645/19 – wykonawcę **Web-Profit M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie**, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez odwołujących: **PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec** oraz **Web-Profit M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec**, na rzecz zamawiającego **Gminy Wińsko, Plac Wolności 2, 56-160 Wińsko**, kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Web-Profit M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie**, na rzecz zamawiającego **Gminy Wińsko, Plac Wolności 2, 56-160 Wińsko**, kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 632/19

Sygn. akt KIO 645/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Wińsko, Plac Wolności 2, 56-160 Wińsko, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu komputerowego i multimedialnego dla szkół podstawowych w gminie Wińsko”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 lutego 2019 r., nr 513647-N-2019. W postępowaniu złożono 13 ofert, w tym:

- 1) ofertę wykonawcy Web-Profit M.K., ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie, która została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) ofertę wykonawcy KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań, która wg kryteriów oceny ofert uzyskała 100 pkt i została uznana za najkorzystniejszą,
- 3) ofertę wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec, która wg kryteriów oceny ofert uzyskała 99,92 pkt.

W dniu 8 kwietnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawcę Web-Profit M.K. – sygn. akt 645/19. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez niesłuszne przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”).

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„Zamawiający w treści załącznika nr 10 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wymagał dla pkt 1 - Komputer przenośny przeznaczony do użytkowania przez nauczyciela (8 szt.) oraz pkt 2 — Komputer przenośny przeznaczony do użytkowania przez ucznia (110 szt.) wydajności procesora opisaną jako:

Procesor: dedykowany do pracy w notebookach osiągający w przedstawionych testach minimalnie następującą punktację:

PassMark CPU Mark minimum 5550 punktów wyniki dostępne na stronie http://www.cpubenchmark.net/common_cpus.html.

Dodatkowo, Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 15.02.2019r. zgodził się, aby powyższy adres zastąpić adresem: http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.

W obydwu załącznikach zawarte są uśrednione wyniki tego samego testu, a mianowicie Passmark CPU Benchmark, które publikowane są w sposób ciągły, a średnia z wyników dla każdego procesora jest uaktualniana z częstotliwością raz dziennie.

W dniu 28.03.2019r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Web-Profit M.K. o przesłanie potwierdzenia osiągnięcia przez zaoferowany procesor powyższych wymagań i w odpowiedzi otrzymał kopię wydruku z dnia 11.01.2019 r. z zaznaczeniem odpowiedniego wiersza z procesorem Intel Core i3-8145U oraz wynikiem 5610 pkt z dokładnie tej strony, którą Zamawiający wymagał i dopuścił w w/w wyjaśnieniach.

W dniu 03.04 Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Web-Profit M.K., uzasadniając że "(...) Zamawiający zweryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu z wydrukiem testu Passmark z dnia 21 lutego 2019 roku (dzień składania ofert) zgodnie z przyjętym orzecznictwem (KIO 1941/11 z dnia 20.09.2011), gdzie zaoferowany procesor Intel Core 13-8145-U osiąga poziom 5487 punktów. Zamawiający wymagał procesora osiągającego w teście Passmark minimum 5550 punktów."

Zamawiający nigdzie w treści SIWZ oraz w wyjaśnieniach nie zaznaczył, z jaką datą powinny być załączone testy. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania daleko idących nadinterpretacji zapisów SIWZ, sprowadzających się do rozszerzenia i doprecyzowania użytych w SIWZ sformułowań.

(...) Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie przedstawił wyników publikowanych na stronie Passmark z dnia otwarcia (a to właśnie na rzekomych wynikach z dnia 21.02.2019r. Zamawiający oparł informację o odrzuceniu oferty Odwołującego).

W dniu 06.04.2019 r. Odwołujący w wyniku informacji przesłanej od innego Wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, wszedł w posiadanie wydruku z dnia otwarcia ofert, który to wydruk w sposób jednoznaczny potwierdza, że oferowany procesor także w dniu otwarcia ofert spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego, bowiem w dniu 21.02.2019 r. osiągał wynik 5618 pkt. Wydruk ten został przedstawiony Zamawiającemu niezwłocznie - tj. w dniu 08.04.2019 r. w godzinach porannych, jednak Zamawiający mimo tego poinformował Odwołującego, że nie zmieni swojego stanowiska w zakresie rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że oferta firmy Web-Profit M.K. została odrzucona bezpodstawnie, bowiem zawiera sprzęt całkowicie zgodny z wymaganiami Zamawiającego."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KOMBIT PLUS,
- b. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- c. dokonania ponownej oceny ofert,
 - d. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
2. wykonawcę PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. – sygn. akt 632/19. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- a. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KOMBIT PLUS, mimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści siwz,
 - b. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KOMBIT PLUS z udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten wprowadził w błąd zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„Zgodnie z treścią SIWZ - Załącznika nr 10 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zarówno w odniesieniu do komputera przenośnego przeznaczonego do użytkowania przez nauczyciela jak i komputera przenośnego przeznaczonego do użytkowania przez ucznia, Zamawiający wymagał Certyfikatu kompatybilności z MS Windows.

Nie może ulegać przy tym wątpliwości, że certyfikat kompatybilności musiał dotyczyć komputerów w oferowanej konfiguracji wymaganej przez Zamawiającego, w związku z czym musiał on dotyczyć wymaganego systemu operacyjnego Windows 10 Professional 64bit, który ma być zainstalowany na dysku twardym.

Zaoferowane notebooki ACER ASPIRE E5-576 nie posiadają certyfikatu kompatybilności z systemem operacyjnym Windows 10 Professional 64-bit. Jest to wiedza powszechnie dostępna, o której pełną świadomość winien mieć wykonawca, jak i Zamawiający. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że na stronie internetowej (<https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>), na której znajdują się wyłącznie produkty wyróżnione certyfikatem kompatybilności z systemami Windows, nie występuje komputer przenośny ACER ASPIRE E5-576.

Mając na uwadze powyższe zaoferowanie produktu, który nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego skutkować musi odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. (...)

Mając na uwadze, że oferowany przez wykonawcę sprzęt nie posiada certyfikatu kompatybilności systemu Windows 10, o czym szerzej wskazano w zarzucie nr 1, wykonawca składając oświadczenia:

„Oświadczamy, że przedmiot umowy wykonamy w wymaganym terminie oraz akceptujemy proponowany termin gwarancji - rękojmi i warunki płatności zawarte w projekcie umowy oraz w SIWZ”,

„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia a w szczególności z warunkami opisu przedmiotu zamówienia i akceptujemy bez zastrzeżeń warunki zamówienia określone w specyfikacji oraz w projekcie umowy oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty”,

„Oświadczamy pod rygorem wykluczenia z postępowania, że dane zawarte w przedstawionych oświadczeniach i innych dokumentach są prawdziwe i aktualne na dzień złożenia oferty”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do właściwości oferowanego sprzętu.”

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KOMBIT PLUS,
- b. powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy KOMBIT PLUS,
- c. wykluczenia wykonawcy KOMBIT PLUS,
- d. odrzucenia oferty wykonawcy KOMBIT PLUS.

Pismami, które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2019 r:

1. wykonawca KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań, zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 632/19 i KIO 645/19 po stronie zamawiającego,
2. wykonawca PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 6, 28-230 Połaniec, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 645/19 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia ww. wykonawców po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania, w których w szczególności stwierdził, co następuje:

W sprawie 632/19:

„Zamawiający nie dokonywał badania i oceny ofert w ramach postępowania przetargowego zmierzającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, pod kątem okoliczności wskazanej w odwołaniu, tj. nie badał zgodności oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia w oparciu o certyfikat kompatybilności z MS Windows złożony do oferty, w związku z powyższym czynność ta nie może podlegać zaskarżeniu. Tym bardziej, Odwołujący nie może żądać przeprowadzenia podniesionej w odwołaniu czynności, połączonej - jak się zdaje - z żądaniem przeprowadzenia uzupełnienia dokumentu, którego Zamawiający nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „siwz”), tj. nie przewidział złożenia takiego dokumentu do oferty. Byłoby to jawne naruszenie art. 7 ust. 1 uPzp. Zamawiający przypomina, że treść siwz nie należy interpretować rozszerzająco.

W załączniku nr 10 do SIWZ (pkt. 1 tiret dwudziesty oraz pkt 2 tiret dwudziesty) Zamawiający wyraźnie określił, jakie dokumenty należy załączyć do oferty: „Inne wymagania: 1. Certyfikat jakości produktu będącego przedmiotem zamówienia wydany przez odpowiednie podmioty uprawnione do kontroli jakości dla producenta sprzętu lub inne równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty uprawnione do kontroli jakości mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego obszaru gospodarczego - załączyć dokument potwierdzający spełnianie wymogu. 2. Deklaracja zgodności na oferowane komputery, monitory lub kompletny zestaw komputerowy - załączyć do oferty”. W ten sposób został dookreślony zakres żądania oświadczeń i dokumentów na etapie badania i oceny ofert. Wskazany przez Odwołującego dokument zostanie przedłożony Zamawiającemu podczas dostawy oferowanego sprzętu przez wybranego w procedurze Wykonawcę, a odbędzie się to podczas instalacji systemu operacyjnego na dostarczony w ramach zamówienia sprzęt komputerowy w miejscu dostawy.

Niemniej wątek ten jest bezzasadny dla meritum postępowania odwoławczego, ponieważ na czynność opisu przedmiotu zamówienia i badania zgodności tego opisu z ofertą, minął termin zawity na wniesienie środków ochrony prawnej. Odwołujący nie korzystając z środków ochrony prawnej jw., uznał siwz za prawidłowy i dopiero po rozstrzygnięciu postępowania na niekorzyść Odwołującego, zaczął go kwestionować. Odwołujący mógł także podnieść tę kwestię w trybie art. 38 ust. 1 pkt 3 uPzp, czego nie uczynił.”

W sprawie 645/19:

„Zamawiający dokonał czynności oceny ofert, oraz badania najkorzystniejszej ocenionej oferty zgodnie z treścią art. 24aa uPzp. Na podstawie art. 26 ust. 3 uPzp Odwołujący (pismo z dnia 28.03.2019 r.) został wezwany do złożenia dokumentu potwierdzającego osiągnięcie przez zaoferowany w ofercie procesor wymagań wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył, jak wskazuje w odwołaniu, kopię wydruku z dnia 11.01.2019r. Zamawiający podejrzewając omyłkę pisarską, wystąpił do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie uzupełnienia w trybie art. 87 ust. 1 uPzp. Odwołujący potwierdził datę dokumentu na 11.01.2019 r. Ponieważ data wystawienia dokumentu była sprzed wszczęcia postępowania przetargowego, uznano, że oferta nie jest zgodna z siwz. Odwołujący nie mógł przeprowadzić testu dla zaoferowanego w ofercie sprzętu przed uzewnętrznieniem woli Zamawiającego, ponieważ zakres ewentualnej oferty, ani tym bardziej zasady weryfikacji procesorów nie były w tym czasie znane. Wszelkie czynności, co oczywiste, mogły być dokonywane w tym zakresie dopiero po wszczęciu przedmiotowego postępowania. Dodatkowo, Zamawiający związany zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 uPzp) nie mógł wskazywać w korespondencji dot. wyjaśnień, że test jest złożony z nieaktualną datą i jakiego testu z jaką datą oczekuje,

albowiem nosiłoby to znamiona negocjacji treści oferty. Zamawiający nie mógł wreszcie drugi raz wezwać do uzupełnienia tego samego dokumentu, albowiem wezwanie z 26 ust. 3 uPzp jest jednorazowe.

Zarzut odnośnie braku wskazania w treści siwz oraz w wyjaśnieniach daty dokonania testu będącego przedmiotem sporu, to nie wynik niedbalstwa, błędu czy niedochowania należytej staranności, ale świadome działanie Zamawiającego. Zamawiający mając świadomość, że rezultat owego testu może różnić się w czasie, nie zakreślał daty pewnej - mając na uwadze treść art. 7 ust. 1 uPzp. W takim wypadku, na wezwanie Zamawiającego, należało złożyć dokument aktualny w rozumieniu art. 25a ust. 1 uPzp, stąd w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej pojawia się informacja o tym, że Zamawiający sam przeprowadził czynność dotyczącą testowania wskazanych procesorów, na dzień składania ofert - jednak miało to znaczenie pomocnicze, wyjaśniające. Notabene, Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień jako organizatora przetargu, przeprowadził kilka takich czynności, w kilku datach od momentu wszczęcia postępowania, aż (nawet) do momentu otrzymania wyniku testu od Odwołującego. Żaden z tych wyników nie osiągnął wartości granicznej wskazanej w siwz. Niemniej wątek ten jest bezzasadny dla meritum postępowania odwoławczego, ponieważ na czynność opisu przedmiotu zamówienia czy określenia warunków udziału w postępowaniu minął termin zawity na wniesienie środków ochrony prawnej. Odwołujący nie korzystając z środków ochrony prawnej jw., uznał siwz za prawidłowy i dopiero po własnym błędzie formalno- i materialno- prawnym, zaczął go kwestionować."

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego:

- a. komputer przenośny przeznaczony do użytkowania przez nauczyciela - 8 szt.,
- b. komputer przenośny przeznaczony do użytkowania przez ucznia - 110 szt.,
- c. oprogramowanie biurowe typu Office wraz z programem antywirusowym - 118 szt.,
- d. szafa metalowa do przechowywania laptopów - 8 szt.,
- e. urządzenie wielofunkcyjne kolorowe sieciowe - 8 szt.,
- f. tablice interaktywne - 8 szt.,
- g. projektory multimedialne - 8 szt.
- h. kamera - 4 szt.,
- i. słuchawki bezprzewodowe - 55 szt.,
- j. okablowanie - 8 kompletów.

W załączniku nr 10 do siwz, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający zarówno dla komputerów przeznaczonych dla nauczycieli, jak i dla komputerów przeznaczonych dla uczniów, wskazał m.in. następujące wymagania:

- a. Procesor: dedykowany do pracy w notebookach osiągający w przedstawionych testach minimalnie następującą punktację:
PassMark CPU Mark minimum 5550 punktów wyniki dostępne na stronie http://www.cpubenchmark.net/common_cpus.html
- b. System operacyjny: Licencja na Windows 10 Professional 64bit (zainstalowany na dysku twardym) wraz z nośnikiem pozwalającym na ponowną instalację systemu,
- c. Certyfikat kompatybilności z MS Windows.

Pismem z dnia 15 lutego 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym wyraził zgodę na propozycję zawartą w pytaniu nr 7 o treści: „Czy Zamawiający zgodzi się aby zainteresowani Wykonawcy odnosili wyniki wydajności procesorów PassMark CPU Mark do zestawienia opublikowanego na stronie https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php? Wydaje się że lista przedstawiona na tej stronie jest pełniejsza i zawiera również procesory nie występujące na stronie https://www.cpubenchmark.net/common_cpus.html np. i3-7130U, i3-8130U, i3-8145U, i5-8265U, i5-8300H itd.”.

Oferty złożyli m.in. wykonawcy:

- 1) Web-Profit M.K. – zaoferował komputery Dell Vostro 3580, Windows 10 Professional 64 bit,
- 2) KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. – zaoferował komputery: ACER ASPIRE E5-576 15,6" i5-8250u/8GB/240SSD/Wifi/DVDRW/ Windows10 Professional 64 bit,
- 3) PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o.

Pismem z dnia 11 marca 2019 r. po raz pierwszy poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę wykonawcy KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k.

Pismem z dnia 13 marca 2019 r. wykonawca Web-Profit M.K., na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego o naruszeniu przez niego art. 91 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie doliczenia do oferty wybranej i kilku innych ofert kwoty podatku, który pozostanie do rozliczenia po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 14 marca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 marca 2019 r.

Następnie pismami z dnia 14 marca 2019 r. zamawiający zwrócił się do szeregu wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu o złożenie oświadczenia o obowiązku podatkowym u zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem kwoty netto, od której należy ten podatek obliczyć.

Pismami z dnia 21 marca 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców: Web-Profit M.K. i KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. o poprawieniu w ich ofertach omyłek rachunkowych.

Pismem z dnia 26 marca 2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę Web-Profit M.K., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty w zakresie uszczegółowienia opisu oferowanych produktów, ponieważ podana przez wykonawcę nazwa modelu komputera w poz. 1 i 2 formularza cenowego nie jest wystarczająca do weryfikacji spełnienia minimalnych parametrów. W odpowiedzi wykonawca podał komputer DELL Vostro 3580 P/N: N3505VN3580BTPPL01_2001 i wskazał: procesor Intel Core i3-8145U (5610 pkt w teście PassMark).

Pismem z dnia 3 kwietnia 2019 r. zamawiający po raz drugi poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą ponownie uznał ofertę wykonawcy KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k.

Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu 5-ciu ofert, w tym oferty wykonawcy Web-Profit M.K.. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał:

„Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Wykonawca zaoferował w poz. 1 i 2 Formularza cenowego komputery przenośne DELL Vostro 3580. Zamawiający na podst. art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) wezwał Wykonawcę w dn.26.03.2019 roku do wyjaśnienia treści oferty polegającej na przedstawieniu charakterystyki szczegółowej komputerów zawierającej parametry wymienione w załączniku nr 10 do SIWZ w celu weryfikacji spełnienia minimalnych parametrów oferowanych komputerów. Wykonawca w dniu 28.03.2019 roku przesłał szczegółową charakterystykę komputerów, w której wskazał procesor Intel Core i3 8145U oświadczając, że procesor w teście Passmark osiąga 5610 pkt i załączając wydruk testu. Z uwagi na brak daty na przekazanym wydruku Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o określenie daty wydruku, a Wykonawca w odpowiedzi wskazał datę: 11.01.2019 rok i załączył ten sam fragment wydruku testu z widoczną datą. Zamawiający zweryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu z wydrukiem testu Passmark

z dnia 21 lutego 2019 roku (dzień składania ofert) zgodnie z przyjętym orzecnictwem (KIO 1941/11 z dnia 20.09.2011), gdzie zaoferowany procesor Intel Core i3-8145-U osiąga poziom 5487 punktów. Zamawiający wymagał procesora osiągającego w teście Passmark minimum 5550 punktów. W związku z powyższym Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zaoferował komputer o parametrach niższych od minimalnych opisanych w SIWZ”.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o sprostowaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 kwietnia 2019 r. w zakresie przyznanej punktacji. Za najkorzystniejszą ofertę zamawiający ponownie uznał ofertę wykonawcy KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k., na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o., decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy Web-Profit M.K. została podtrzymana.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt **KIO 632/19**

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu braku posiadania przez notebooki oferowane przez wykonawcę Kombit Plus certyfikatu kompatybilności z MS

Windows należy zauważyć, że w trakcie rozprawy ww. wykonawca przedstawił certyfikat zgodności z MS Windows 10 oraz oświadczenie producenta Acer Poland Sp. z o.o. o następującej treści:

„Firma Acer Poland Sp. z o.o., Plac Ireneusza Gugulskiego 1 bud, Ocean Plaza, III p, 02-661 Warszawa potwierdza, iż komputer przenośny Acer Aspire E5-576 posiada certyfikat zgodności z systemem Microsoft Windows 10 oraz Windows 10 Professional 64bit (certyfikat wystawiony na całą rodzinę Windows 10).

Informuję, iż certyfikat jest wystawiony na całą rodzinę notebooków Aspire E15. Seria Aspire E15 zawiera w sobie model Aspire E5-576.

Dodam, iż certyfikacja Microsoft Windows 10 umożliwia wystawienie certyfikatu na całą serię notebooków.

Dodatkowo jako producent potwierdzam, iż model Acer Aspire E5-576 poprawnie współpracuje z oprogramowaniem, zatem jest kompatybilny z Windows 10/Windows 10 Pro (Professional 64bit) oraz iż jest fabrycznie wyposażony w w/w systemy operacyjne”.

Ww. oświadczenie złożone na rozprawie przez wykonawcę Kombit Plus przesądza, w ocenie Izby, iż zaoferowane przez niego notebooki – model Aspire E5-576 – posiadają wymagany przez zamawiającego certyfikat.

W świetle ww. dowodów za mniej wiarygodne Izba uznała dowody złożone przez odwołującego w postaci wydruków ze stron internetowych, z których wynika, że sprzęt oferowany przez Kombit Plus nie posiada ww. certyfikatu, jak też w postaci korespondencji mailowej z firmą Microsoft, w której firma ta odsyła do strony internetowej oraz informuje, że zmiany w zakresie konfiguracji, w tym platformy, wymagają odrębnego procesu certyfikacji. Po pierwsze, należy stwierdzić, że strony internetowe co do zasady służą do prezentacji podstawowych danych o firmie i oferowanych przez nią produktach przede wszystkim dla celów informacyjnych i reklamowych, ale nie zawsze ich treść jest na bieżąco dostosowywana do oferty handlowej danej firmy, stąd też nie zawsze zamieszczone na nich informacje są rzeczywiście aktualne i szczegółowe. Dlatego też Izba uznała, że dowód w postaci wydruków ze stron internetowych w konfrontacji z takim dowodem, jak przedstawione przez wykonawcę Kombit Plus oświadczenie producenta odnoszące się wprost do oferowanego modelu notebooków, jest mniej wiarygodny i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powodu niezgodności z siwz. Po drugie, przedstawiona korespondencja mailowa z firmą Microsoft nie zawiera w swej treści stwierdzenia, że notebooki Aspire E5-576 nie posiadają wymaganego certyfikatu, jak też nie zawiera stwierdzenia, że zostały w nich dokonane jakiegokolwiek zmiany konfiguracji. Tym samym korespondencja ta nie zawiera treści, które czyniłyby przedstawione przez wykonawcę Kombit Plus dowody niewiarygodnymi lub przeczyłyby ich treści.

Wobec powyższego Izba uznała, że w zakresie kwestii posiadania certyfikatu

kompatybilności z MS Windows, nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Kombit Plus w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak też nie zachodzą podstawy do wykluczenia tegoż wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt **KIO 645/19**

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do dwóch kwestii formalnych, jakie pojawiły się w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Po pierwsze, odnosząc się do podniesionego przez odwołującego na rozprawie argumentu, zgodnie z którym w zakresie wyniku wydajności procesora wystarczające było złożenie przez wykonawcę oświadczenia, nie zaś dokumentu w postaci wydruku właściwego testu, należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący na rozprawie podniósł argument, zgodnie z którym wykonawca miał złożyć jedynie oświadczenie dotyczące wydajności procesora, nie musiał natomiast składać w tej sprawie dokumentu potwierdzającego wymaganą wydajność, jednakże okoliczności te nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty w zakresie tego, co miał złożyć wykonawca, aby wykazać wynik wydajności procesora, gdyż argumenty te nie były zawarte w treści odwołania.

Po drugie, Izba nie odnalazła w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego pisma skierowanego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący w trakcie rozprawy nie potwierdził otrzymania takiego pisma od zamawiającego,

sam zaś zamawiający w trakcie rozprawy nie był w stanie takiego pisma okazać. W związku z tym nie potwierdziła się powoływana przez zamawiającego okoliczność, jakoby odwołujący był wzywany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu potwierdzającego osiągnięcie przez zaoferowany w ofercie procesor wymagań wskazanych w siwz. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w ogóle nie powinien mieć zastosowania, ponieważ przepis ten stosuje się, gdy wykonawca nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, a w niniejszym postępowaniu odwołujący nie był wzywany do złożenia wyniku wydajności procesora w tym trybie, ponadto omawiana kwestia dotyczy zgodności oferty z siwz, o czym świadczy umieszczenie przez zamawiającego wymogu dotyczącego wydajności procesora w opisie przedmiotu zamówienia, a zatem zastosowanie w sprawie znajduje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

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.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła treść strony internetowej https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php wskazanej przez zamawiającego oraz dokonała oceny dowodów przedstawionych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego Kombit Plus. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że złożony przez odwołującego wydruk z dnia

21 lutego 2019 r. pokazujący wynik wydajności procesora zgodny z siwz, nie pochodzi ze strony internetowej wskazanej przez zamawiającego, o czym świadczy znajdujący się na górze po lewej stronie komunikat: Home » CPU Benchmarks » New Laptop CPU Performance (niezgodny z końcówką adresu strony internetowej wskazanej przez zamawiającego). Natomiast wydruk z dnia 21 lutego 2019 r. złożony przez Kombit Plus pokazujący wynik wydajności procesora niezgodny z siwz, pochodzi z właściwej strony internetowej, o czym świadczy znajdujący się na górze po lewej stronie komunikat: Home » CPU Benchmarks » CPU List (czyli zgodny z końcówką adresu strony internetowej wskazanej przez zamawiającego). Tym samym dowody złożone przez odwołującego nie potwierdzają zgodności jego oferty z siwz, gdyż wskazany w nich wynik wydajności procesora nie pochodzi ze strony internetowej wskazanej przez zamawiającego. Jednocześnie z dowodu złożonego przez przystępującego Kombit Plus wynika, że pochodzi on z właściwej strony internetowej i że wydajność procesora wynosi 5487 pkt, tj. mniej niż wydajność wymagana w siwz. Powyższe dowodzi niezgodności oferty odwołującego z siwz.

Nie ma przy tym znaczenia, że adres strony internetowej, z której pochodzą wydruki przedstawione przez przystępującego Kombit Plus zaczyna się od: web.archive.org ..., gdyż oczywiste jest, że przygotowując się do rozprawy i drukując wyniki testów w dniu 17 kwietnia 2019 r. przystępujący musiał sięgnąć do treści archiwalnych strony internetowej wskazanej przez zamawiającego. Należy jednak podkreślić, że cały adres strony: web.archive.org/web/20190221014027/https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php, zawiera adres wskazany przez zamawiającego i potwierdza, że jest to strona, wg której zamawiający miał oceniać wydajność procesora.

Nie ma także znaczenia w sprawie, że adres web.archive.org/web/20190221014027/https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php oprócz daty „2019.02.21” zawiera godzinę „014027” (czyli 1:40:27), która ze względu na różnicę czasu między Polską a USA powoduje, że o tej porze w Polsce ukazują się wyniki z USA z poprzedniego dnia. Jak wskazano już wyżej, oferta musi być zgodna z siwz już w dniu składania ofert, a zamawiający nie wskazał w siwz godziny, wg której będzie oceniał wydajność procesora. Oznacza to, że bez względu na godzinę czasu polskiego, w dniu składania ofert wydajność procesora powinna osiągać wynik wymagany przez zamawiającego. Zresztą, odwołujący nie wykazał, że w późniejszych godzinach w dniu 21 lutego 2019 r. oferowany przez niego komputer osiągał wymaganą wydajność.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że w dniu składania ofert jego oferta w zakresie wydajności procesora była zgodna z siwz. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 5 ust. 3 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). Przy czym z uwagi na fakt, że przedstawione przez zamawiającego na rozprawie koszty wynagrodzenia pełnomocnika wynosiły 3600 zł łącznie dla obu odwołań, Izba postanowiła podzielić tę kwotę pomiędzy obu odwołujących i zasądziła od każdego z nich po 1800 zł na rzecz zamawiającego.

Przewodniczący