

WYROK

z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Nbit J. J. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach przy ul. Plebańskiej 3/8 (44-100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Wągrowiec z siedzibą w Wągrowcu przy ul. Kościuszki 15a (62-100 Wągrowiec)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu wskazanego w pkt 1 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Nbit J. J. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty ww. wykonawcy.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nbit J. J. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w części 2/3 oraz zamawiającego Gminę Miejską Wągrowiec w części 1/3 i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nbit J. J. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 177 zł 09 gr (słownie: trzy tysiące sto siedemdziesiąt siedem złotych dziewięć groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Wągrowiec na rzecz wykonawcy Nbit J. J. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, kwotę w wysokości 1 160 zł

00 gr (słownie: tysiąc sto sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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 2022 r., poz. 1710 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

Gmina Miejska Wągrowiec, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu grantowego "Cyfrowa Gmina"* o numerze referencyjnym: SZ.271.08.2023, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00135651/01.

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

W dniu 26 kwietnia 2023 r. wykonawca Nbit J. J. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego złożonej w postępowaniu;
- zaniechania zamawiającego, który nie odrzucił oferty PHU INTERTAB J. P. pomimo, że oferta tego wykonawcy nie była zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ponieważ odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego się z powodu niezgodności z warunkami zamówienia pomimo, że oferta odwołującego się była zgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ponieważ zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PHU INTERTAB J. P. pomimo że oferta tego wykonawcy nie była zgodna z warunkami zamówienia, ponieważ PHU INTERTAB J. P. nie dołączył do oferty oświadczenia podmiotu serwisującego wraz z informacją o ISO 9001 podmiotu serwisującego, które było wymagane w pozycji pod nazwą: „Rozszerzone wsparcie serwisowe AHB/SOS” na stronie 9 dokumentu pod tytułem: „UTM” będącego częścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, który stanowił załącznik numer 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”);
- 3) art. 16 pkt 1 Pzp ponieważ zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż przy ocenie zgodności złożonych ofert z warunkami zamówienia stosuje testy benchmark.

Odwołujący żądał, aby Izba nakazała zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- odrzucenie oferty złożonej przez PHU INTERTAB J. P.;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- powtórzenie czynności badania ofert z udziałem oferty odwołującego;
- zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta zostanie wybrana jeżeli Izba podzieli zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na to, że złożył ofertę i podał informacje wymagane przez formularz ofertowy opracowany przez zamawiającego. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowo określił jakie wymagania techniczne musi spełniać zestaw do wideokonferencji: monitor interaktywny + komputer ops, teleprompter i wizualizer. Między innymi zamawiający wymagał aby karta graficzna zintegrowana w procesorze komputera osiągała w teście PassMark-GPU Benchmarks wynik minimum 2 500 punktów. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ „Formularz oferty” w wierszu 9 „Zestawienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia” należało podać następujące informacje: producenta oraz model. Odwołujący podkreślił, że podkreślił, że w wierszach 1 i 2 tego zestawienia wymagany zakres informacji był szerszy ponieważ oprócz producenta i modelu sprzętu należało podać dodatkowo także producenta, model i liczbę punktów procesora oraz nazwę, model, liczbę punktów GPU Mark karty graficznej. Odwołujący wyjaśnił, że podał w ofercie w wierszu 9 „Zestawienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia” wszystkie informacje wymagane przez formularz ofertowy, który stanowił załącznik nr 1 do SWZ. Odwołujący wyjaśnił również, że w dniu 21 kwietnia 2023 r. zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu niezgodności z warunkami zamówienia. W ocenie odwołującego jeżeli zamawiający chciał samodzielnie sprawdzać parametry procesora i karty graficznej komputera, który wchodzi w skład zestawu do wideokonferencji to powinien być nadać taką treść formularza ofertowego (a konkretnie „Zestawienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia”), aby w wierszu 9 tego zestawienia, oprócz informacji o producencie i modelu, było wymagane także podanie informacji takich jak w wierszach 1 i 2. Według odwołującego opracowany przez zamawiającego formularz ofertowy nie wymagał podawania informacji o producencie, modelu i liczbie punktów procesora ani nazwie, modelu, liczbie punktów GPU Mark karty graficznej. Tym samym odwołujący stwierdził, że nie mógł ponosić negatywnych konsekwencji jeżeli podał w swojej ofercie wszystkie informacje wymagane przez formularz ofertowym.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że wyjaśnił, iż zaoferowany sprzęt jest zgodny z warunkami zamówienia. Podniósł, że w dniu 28 marca 2023 r. zamawiający zażądał od niego wyjaśnień treści złożonej oferty prosząc o wskazanie jaki model karty graficznej posiada zaoferowany w pozycji 9 zestaw do wideokonferencji oraz o podanie nazwy procesora znajdującego się w Serwerze NAS z oprogramowaniem do Backupu. W tym miejscu odwołujący stwierdził, że jego oferta byłaby niezgodna z warunkami zamówienia gdyby zaoferowana karta graficzna zestawu do wideokonferencji nie osiągała w teście PassMark-GPU Benchmarks wyniku minimum 2 500 punktów. Taka sytuacja nie miała miejsca ponieważ jak wynika z wyjaśnień treści złożonej oferty z 30 marca 2023 r. odwołujący zaoferował zestaw do wideokonferencji z kartą graficzną Intel Iris Xe Graphics, która osiąga w teście GPU Benchmark wynik 2690 punktów, a więc oferta odwołującego spełnia wymogi Opisu Przedmiotu Zamówienia. W niniejszej sprawie dane potrzebne do weryfikacji oferty odwołującego znajdowały się w udzielonych wyjaśnieniach z 30 marca 2023 r. Ponadto odwołujący wskazał, że w samej treści złożonej oferty oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Tym samym w ocenie odwołującego zamawiający nie miał prawa odrzucić jego oferty tylko z tego powodu, że w formularzu ofertowym nie została podana liczba punktów w teście karty graficznej zestawu do wideokonferencji – w sytuacji, w której odwołujący wykazał w wyjaśnieniach złożonej oferty, że zaoferowany sprzęt spełnia wymagania Opisu Przedmiotu Zamówienia i nie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie było więc podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez PHU INTERTAB J. P. pomimo że oferta tego wykonawcy nie była zgodna z warunkami zamówienia odwołujący wskazał, że wymagania zamawiającego w zakresie wsparcia serwisowego AHB/SOS, zgodnie z treścią pozycji pod nazwą: „Rozszerzone wsparcie serwisowe AHB/SOS” na stronie 9 dokumentu pod tytułem: „UTM” będącego częścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, który stanowił załącznik numer 7 do SWZ, powinny być potwierdzone dokumentami:

- Oświadczenie Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora świadczącego wsparcie techniczne o gotowości świadczenia wymaganego serwisu (zawierające: adres strony internetowej serwisu i numer infolinii telefonicznej);
- Certyfikat ISO 9001 podmiotu serwisującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca PHU INTERTAB J. P. nie dołączył do oferty oświadczenia podmiotu serwisującego wraz z informacją o ISO 9001 podmiotu serwisującego. Z tego powodu zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę ww. wykonawcy. Z tego powodu żądanie, aby Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez PHU INTERTAB J. P. stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione.

W uzasadnieniu dla ostatniego zarzutu odwołujący stwierdził, że zgodnie z rozdziałem 20 pkt 2 SWZ: „INFORMACJE DOTYCZĄCE OCENY PROCESORA I KARTY GRAFICZNEJ:

1) Zamawiający dokona oceny zaoferowanego procesora na podstawie wyniku testu Passmark – CPU Mark http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php

2) Zamawiający dokona oceny zaoferowanej karty graficznej na podstawie wyniku testu Passmark – GPU Mark https://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php

Zamawiający nie wymaga od wykonawców przedłożenia wydruków wyników testów z ww. stron. Zamawiający samodzielnie dokona weryfikacji na podstawie danych pobranych z tych stron.”

Odwołujący wskazał, że Izba w wyroku z 6 grudnia 2022 r. w sprawie KIO 3049/22 orzekła, że: *wymaganie by nabywane urządzenia wyposażone były w procesor osiągający określony wynik w teście PassMark CPU uwidoczniiony na określonej stronie internetowej jest wymaganiami niejednoznacznym, gdyż punkt odniesienia nie jest stały. Opis przedmiotu zamówienia odwołujący się do wyników testów może zatem prowadzić do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego zamawiający oceniając sprzęt zaoferowany przez poszczególnych oferentów przy pomocy nieobiektywnych benchmarków dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp).*

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

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

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 2 maja 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- oferty złożone w postępowaniu;
- wezwanie do wyjaśnień treści oferty z dnia 28 marca 2023 r., skierowane do odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 30 marca 2023 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 kwietnia 2023 r., która zawierała również informację oraz uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 20 SWZ dotyczącym opisu sposobu przygotowania oferty zamawiający w ust. 3 wskazał, że:

3. INFORMACJE DOTYCZĄCE OCENY PROCESORA I KARTY GRAFICZNEJ:

1) Zamawiający dokona oceny zaoferowanego procesora na podstawie wyniku testu Passmark – CPU Mark http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php

2) Zamawiający dokona oceny zaoferowanej karty graficznej na podstawie wyniku testu Passmark – GPU Mark https://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php

Zamawiający nie wymaga od wykonawców przedłożenia wydruków wyników testów z ww. stron. Zamawiający samodzielnie dokona weryfikacji na podstawie danych pobranych z tych stron.

Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik nr 1 do SWZ. W wzorze formularza zamawiający umieścił w postaci tabelarycznej zestawienie zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Zestawienie to miało następującą treść:

I.p.	Rodzaj sprzętu/wyposażenia	Ilość	Producent, model, marka oferowanego produktu
1.	Zestaw komputerowy typu AiO	26 szt.	Producent: Model: Dane szczegółowe Producent, model i liczba punktów procesora https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php

			<p>.....</p> <p><i>Producent i wersja systemu operacyjnego:</i></p> <p>.....</p> <p><i>Producent i wersja oprogramowania biurowego:</i></p> <p>.....</p> <p><i>Karta graficzna</i></p> <p><i>Nazwa, model, liczba punktów GPU Mark</i> https://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php</p> <p>.....</p>
2.	<i>Komputer przenośny</i>	10	<p><i>Producent:</i></p> <p><i>Model:</i></p> <p><i>Dane szczegółowe</i></p> <p><i>Producent, model i liczba punktów procesora</i> https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php</p> <p>.....</p> <p><i>Producent i wersja systemu operacyjnego:</i></p> <p>.....</p> <p><i>Producent i wersja oprogramowania biurowego:</i></p> <p>.....</p> <p><i>Karta graficzna</i></p> <p><i>Nazwa, model, liczba punktów GPU Mark</i> https://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php</p> <p>.....</p>
3.	<i>Skaner</i>	3	<p><i>Producent:</i></p> <p><i>Model:</i></p>
4.	<i>UPS (na stanowiska)</i>	10	<p><i>Producent:</i></p> <p><i>Model:</i></p>
5.	<i>Zestaw do prezentacji wizualnych</i>	1	<p><i>Producent:</i></p> <p><i>Model:</i></p>
6.	<i>Access Point</i>	12	<p><i>Producent:</i></p>

			Model:
7.	SWITCH	4	Producent: Model:
8.	UPS na potrzeby serwerowni	1	Producent: Model:
9.	Zestaw do wideokonferencji	1	Producent: Model:
10.	Oprogramowanie antywirusowe	1	Producent: Wersja:
11.	UTM	1	Producent: Model:
12.	Serwer NAS z oprogramowaniem do Backupu	1	Producent, model i liczba punktów procesora https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php Oprogramowanie backupu Wersja:..... Producent:.....
13.	Urządzenie na potrzeby bezpieczeństwa sieci (NAC)	1	Producent: Model:
14.	Urządzenia wielofunkcyjne	1	Producent: Model:

Opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 7 do SWZ. Obejmował on 14 plików, które odnosiły się do poszczególnych rodzajów sprzętu lub wyposażenia. Plik nr 9 dotyczył zestawu do wideokonferencji, który obejmował: monitor interaktywny + komputer ops, teleprompter, wizualizer. W opisie wymagań dotyczących komputera OPS zamawiający wskazał m. in.:

Procesor min. 4 rdzenie 8 wątków (taktowanie bazowe min. 1,6 GHz) osiągnący w teście wynik min. 6200 punktów opublikowany na stronie https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php

Karta graficzna zintegrowana w procesorze komputera.) osiągnący w teście PassMark – GPU Benchmarks wynik min. 2500 punktów opublikowany na stronie https://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php

Plik nr 11 dotyczył UTM i zawierał m. in. fragment dotyczący rozszerzonego wsparcia serwisowego AHB/SOS o treści:

a) System jest objęty rozszerzonym wsparciem technicznym gwarantującym udostępnienie oraz dostarczenie sprzętu zastępczego na czas naprawy sprzętu w Następnym Dniu Roboczym od momentu potwierdzenia zasadności zgłoszenia, realizowanym przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora przez okres minimum **[48]** miesięcy. Dla zapewnienia wysokiego poziomu usług podmiot serwisujący posiada certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych. Zgłoszenia serwisowe są przyjmowane w języku polskim w trybie 24x7 przez dedykowany serwisowy moduł internetowy oraz infolinię w języku polskim 24x7

Wymagania powinny być potwierdzone dokumentami:

- Oświadczenie Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora świadczącego wsparcie techniczne o gotowości świadczenia wymaganego serwisu (zawierające: adres strony internetowej serwisu i numer infolinii telefonicznej).
- Certyfikat ISO 9001 podmiotu serwisującego.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: odwołującego, wykonawcy PHU INTER-TAB J. P. oraz wykonawcy WEB-PROFIT M. K. .

Odwołujący w następujący sposób wypełnił formularz ofertowy w zakresie pkt 9 zestawienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ:

9.	Zestaw do wideokonferencji	1	Producent: Monitor interaktywny Newline + Komputer Newline + Wizualizer Epson + Prompter Feelworld Model: Newline ELARA TT-7522Q + Newline OPS WB5B820J + Epson ELPDC21 + Feelworld Prompter TP2A
----	----------------------------	---	--

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2023 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m. in.:

W związku z podaniem w formularzu ofertowym w pozycji 9 zestaw do wideokonferencji – Producenta Newline oraz Modelu Newline OPSWB5B820J, zwracam się z prośbą o udzielenie wyjaśnienia jaki model karty graficznej posiada zaoferowany produkt. Jest to niezbędne, aby określić liczbę wymaganych punktów.

Proszę o podanie nazwy procesora znajdującego się w Serwerze NAS z oprogramowaniem do Backupu.

Odwołujący w dniu 30 marca 2023 r. przesłał odpowiedź na powyższe wezwanie.

W wyjaśnieniach odwołujący wskazał:

W odpowiedzi na otrzymane wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty oświadczamy, że:

- w zaoferowanym zestawie do wideokonferencji (poz. 9 w formularzu ofertowym) w komputerze Newline OPSWB5B820J występuje karta graficzna Intel Iris Xe Graphics osiągająca w teście GPU Benchmark wynik 2690 pktów. Link do benchmarka - <https://www.videocardbenchmark.net/gpu.php?gpu=Intel+Iris+Xe&id=4265>

- w zaoferowanym serwerze NAS z oprogramowaniem do Backupu występuje procesor AMD Ryzen 5 3600 osiągający w teście CPU Benchmark wynik 17797 pktów. Link do benchmarka - <https://www.cpubenchmark.net/cpu.php?cpu=AMD+Ryzen+5+3600&id=3481>

W dniu 21 kwietnia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy PHU INTER-TAB J. P. . W piśmie zawierającym informację o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana również informacja o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym dla tej decyzji wyjaśnił, że :

Z OPZ oraz zapisu w SWZ dot. testu precyzyjnie wynikało, co się składa na zestaw do wideokonferencji oraz, że jest to kilka różnych produktów, z których dwa (procesor oraz karta graficzna) mają być przez Zamawiającego sprawdzane – swz używa słowa „zaoferowane”, co potwierdza, że muszą być podane przez wykonawcę. Wykonawcy mieli obowiązek w pozycji 9 formularza ofertowego podać producenta i model nie dla całości (przecież to zespół różnych produktów), ale dla każdego z elementów, tym samym należało podać w formularzu ofertowym liczbę uzyskanych w teście CPU Mark oraz GPU Mark.

Z tożsamego powodu została odrzucona również oferta wykonawcy WEB-PROFIT M. K. .

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

Izba zważyła co następuje

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

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania. W zakresie tego zarzutu Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację odwołującego uznając ją za słuszną. W okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający ustalił, że zamawiający opracował formularz ofertowy, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SWZ w sposób dość szczegółowy. Przejawem tej szczegółowości było przede wszystkim zamieszczenie w treści formularza ofertowego zestawienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ, które miało być wypełnione przez wykonawców. Przedmiotowe zestawienie zostało ujęte w postaci tabelarycznej i składało się z 14 punktów, które odpowiadały poszczególnym rodzajom sprzętu i wyposażenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia. W zakresie pkt 9 tego zestawienia, który dotyczył zestawu do wideokonferencji wzór formularza wskazywał wyłącznie na podanie producenta i modelu, przy czym inne punkty zestawienia, co do których opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konieczność osiągnięcia określonej liczby punktów w ramach danego testu w przypadku procesora lub karty graficznej, zawierały wyodrębnione i wyraźnie wskazane miejsca do podania liczby punktów w ramach tego testu (tak było w przypadku pkt 1, 2 oraz 12 zestawienia). Odwołujący wypełniając zestawienie określone w formularzu ofertowym wpisał w pkt 9 producentów i modele poszczególnych komponentów wchodzących w skład zestawu do wideokonferencji tj. monitora, komputera ops, telepromptera i wizualizera.

W ocenie składu orzekającego sposób wypełnienia przez odwołującego pkt 9 ww. zestawienia, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie dawał podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Co prawda opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 7 w zakresie komputera OPS określał wymóg uzyskania wskazanej liczby punktów w danym teście benchmarkowym w stosunku do procesora oraz karty graficznej, a rozdział 20 ust. 3 SWZ wymieniał informacje dotyczące oceny procesora i karty graficznej, to jednak oceniając całokształt przedmiotowej sprawy, a szczególnie zestawiając powyższe informacje z treścią formularza ofertowego należało uznać, że treść formularza w zakresie zestawu do wideokonferencji była niedostosowana do opisu przedmiotu zamówienia, co przekładało się na niejednoznaczność opracowanej przez zamawiającego dokumentacji w części dotyczącej tego elementu. Potwierdzeniem tej niejednoznaczności było również to, że nie tylko odwołujący wypełnił pkt 9 zestawienia podając wyłącznie producentów i modele urządzeń wchodzących w skład zestawu do wideokonferencji.

Podobnie uczynił także wykonawca WEB-PROFIT M. K., którego oferta została odrzucona z tego samego powodu co oferta odwołującego.

Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy znalazła zastosowanie, wynikająca z orzecznictwa, zasada polegająca na stwierdzeniu, że wszelkie niejednoznaczności lub niejasności treści SWZ, szczególnie w kontekście oceny zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, należy interpretować na korzyść wykonawcy, czyli w tym przypadku odwołującego. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego, należało uznać co najmniej za przedwczesną. Ponadto powstałe w treści dokumentacji niejednoznaczności nie oznaczają oczywiście, że zamawiający zostaje całkowicie pozbawiony możliwości weryfikacji takich wymogów w kontekście badania oferty w zakresie jej zgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający może zawsze rozważyć możliwość zastosowania dyspozycji art. 223 ust. 1 Pzp, który dotyczy kwestii wyjaśnienia treści oferty. Warto dodać, że w przedmiotowej sprawie zamawiający w dniu 28 marca 2023 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty. Wezwanie dotyczyło prośby o udzielenie wyjaśnienia co do modelu karty graficznej zaoferowanej w ramach podanego modelu komputera Newline OPSWB5B820J w zakresie komputera OPS przewidzianego w ramach zestawu do wideokonferencji (pkt 9 zestawienia) oraz podania nazwy procesora znajdującego się w Serwerze NAS z oprogramowaniem do Backupu (pkt 12 zestawienia). Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że takie wezwanie należało uznać za niedopuszczalne, jednakże Izba nie stwierdziła, aby zamawiający unieważnił czynność wezwania. Poza tym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podanym w informacji z dnia 21 kwietnia 2023 r. zamawiający nie wskazał, aby powodem odrzucenia była także niezgodność oferty z wymogami dotyczącymi Serwera NAS z oprogramowaniem do Backupu. Można było z tego wysnuć wniosek, że zamawiający był niekonsekwentny w kwestii ustosunkowania się do poczynionego wezwania.

Tym samym Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Nie znalazł potwierdzenia natomiast zarzut odnoszący się do tego samego przepisu, ale podniesiony na okoliczność konieczności odrzucenia oferty wykonawcy PHU INTERTAB J. P. . Odwołujący powołując się na treść załącznika 7.11 dotyczącego wymogów w zakresie UTM wskazywał, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona, ponieważ wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą:

- Oświadczenia Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora świadczącego wsparcie techniczne o gotowości świadczenia wymaganego serwisu (zawierające: adres strony internetowej serwisu i numer infolinii telefonicznej);
- Certyfikatu ISO 9001 podmiotu serwisującego.

Podczas rozprawy odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko i stwierdził, że wykonawca powinien być wezwany do złożenia ww. dokumentów na etapie badania ofert.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego było chybione. Z treści SWZ nie wynikało, aby wykonawcy zobowiązani byli do złożenia ww. dokumentów wraz z ofertą lub na żądanie zamawiającego podczas procesu badania i oceny ofert. W tym zakresie Izba w pełnej rozciągłości uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, który wskazał, że nie wymagał złożenia wskazywanych przez odwołującego dokumentów na etapie postępowania przetargowego. Ponadto wszystkie dokumenty jakie powinien złożyć wykonawca określone zostały w rozdziale 10, 14 i 20 SWZ. W tych fragmentach ww. dokumenty nie zostały wymienione tym samym należało uznać, że będą wymagane dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* odwołania.

Izba oddaliła także ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu, który dotyczył naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp. Jak wyjaśnił odwołujący na rozprawie zarzut ten został podniesiony z ostrożności procesowej, jednak Izba zdecydowała się go rozpoznać z uwagi na to, że miał on charakter dalej idący niż zarzut z pkt 1. O ile zarzut z pkt 1 koncentrował się na niejednoznaczności treści SWZ to przedmiotowy zarzut wskazywał na niedopuszczalność postanowień opisu przedmiotu zamówienia odnoszących się do testów benchmarkowych.

Przechodząc *stricte* do tego zarzutu skład orzekający stwierdził, że po pierwsze był on spóźniony, ponieważ zamawiający powinien kwestionować treść opisu przedmiotu zamówienia, na wcześniejszym etapie tj. po ogłoszeniu zamówienia, a przed upływem terminu składania ofert. Po drugie odwołujący nie wykazał zasadności przedmiotowego zarzutu. W swojej argumentacji odwołujący odwołał się wyłącznie do fragmentu zawartego w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 3049/22, w którym Izba stwierdziła, że *Opis przedmiotu zamówienia odwołujący się do wyników testów może zatem prowadzić do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*. Tymczasem odwołujący nie wykazał, aby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zastosowanie przez zamawiającego testów benchmarkowych było wymaganiem niejednoznacznym, które doprowadziło do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w części odnoszącej się do zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww.

przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego. W pozostałym natomiast zakresie odwołanie zostało oddalone

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegały trzy zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu, a chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 2/3 oraz zamawiającego w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (7 500 zł), koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego jak też dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę (3 177,09 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 14 277,09 zł. Zamawiający poniósł koszty w wysokości 3 600 zł, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 4 759,03 zł (14 277,09 zł x 1/3). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 10 677,09 zł (koszt wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu), a odpowiadał za te koszty w kwocie 9 518,06 zł (14 277,09 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 160 zł (10 677,09 zł – 9 518,06 zł, po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 wskazanego poniżej rozporządzenia), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: