

Sygn. akt: KIO 793/23

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 4 kwietnia 2023r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2023 r. **przez odwołującego:** M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M.K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg

przy udziale **przystępującego:** K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU Horyzont K.L. ul. Parkowa 6, 38-300 Gorlice zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego
- 2.1. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M.K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie, tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od zamawiającego: Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg kwotę 7.880 zł 13 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych trzynaście groszy) tytułem wpisu od

odwołania i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Dostawy sprzętu komputerowego dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu w 5 Pakietach w okresie 12 miesięcy w tym pakiet dotyczący odwołania: Pakiet nr 1 - Zestawy komputerowe

Nr referencyjny nadany przez zamawiającego: 5/2023;

Numer publikacji w BZP w dniu 08-02-2023 nr2023/BZP 00086355.

Złożone odwołanie dotyczyło następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy FHU Horyzont K.L. (dalej zwany Horyzont lub przystępujący/wykonawca wybrany), mimo że oferta jego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami SWZ;
2. zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Horyzont, pomimo jej niezgodności z treścią SWZ.

W związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty firmy Horyzont, złożono odwołanie, w którym sformułowano następujące zarzuty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniżej wymienionych przepisów ustawy PZP:

- a) art. 7 ust.1 ustawy PZP - przez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji w toku badania i oceny złożonych ofert;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty firmy Horyzont, pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu urządzenia nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia;
- c) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy Horyzont, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego;

d) art. 223 ust. 1 ustawy PZP przez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawcy Horyzont.

Złożone odwołanie wskazuje na niedopuszczalne negocjacje po złożeniu oferty, pomiędzy zamawiającym a oferentem Horyzont, które miały na celu i doprowadziły do zgodności treści oferty z treścią dokumentów zamówienia to jest co do wymaganych parametrów oferowanego sprzętu komputerowego.

W tym stanie rzeczy odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 ustawy PZP wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, w tym na rozprawie;
4. nakazanie zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie
 - 4.3. odrzucenia oferty Horyzont,
 - 4.4. ponownego dokonania oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconej oferty Horyzont
 - 4.5. wyboru oferty nie podlegającej odrzuceniu;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika - jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołanie dotyczy pakietu Nr 1 zamówienia z pięciu pakietów postępowania.

Pakiet nr 1 – „Zestawy komputerowe”, o wartości niższej niż progi unijne.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa sprzętu komputerowego.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawów komputerowych, przy czym rodzaj i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (opz) znajduje się w załączniku nr 1A do swz.

Izba na posiedzeniu/rozprawie przyjęła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z załącznika nr 1 A do swz, na okoliczność wymaganych parametrów komputerów

objętych przedmiotem dostawy, a których zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy wybranego/Horyzont nie spełnia.

I tak Izba ustaliła. Zamawiający opisał w zał. Nr 1 A minimalne parametry zamawianych urządzeń, których oferta złożona przez Horyzont nie spełniła, a mianowicie:

Wolne złącza pamięci (tnz. po obsadzeniu modułami o wymaganej pojemności): min. 2.

dowód: opz - załącznik nr 1A do swz.

Wykonawca wybrany/Horyzont w złożonej ofercie to jest według dołączonej do oferty specyfikacji producenta zaoferował komputer stacjonarny NTT Business W 500M.

dowód: specyfikacja producenta sprzętu, złożona przez Horyzont.

W dniu 16.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Horyzont jako najkorzystniejszej.

II. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 ustawy PZP, jest bowiem podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, ocenioną przez zamawiającego jako druga w kolejności najkorzystniejsza oferta spośród wszystkich złożonych i nieodrzuconych ofert. Zaniechania zamawiającego doprowadziły do utrzymania w postępowaniu oferty Horyzont, która podlegała odrzuceniu, co skutkowało dokonaniem jej oceny i jej wyborem jako najkorzystniejszej. Uniemożliwiło to z kolei wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Odwołujący składając niniejsze odwołanie dąży do odrzucenia oferty Horyzont, a w dalszej kolejności - do wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej. Jego interes przejawia się zatem w możliwości uzyskania zamówienia w ramach toczącego się postępowania. Odwołujący jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP, odwołujący utracił możliwość zawarcia z zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei odwołującemu zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskanie zamówienia.

III. ZARZUTY

Powołując się na informacje zamieszczone w specyfikacji producenta, załączonej do oferty wykonawcy Horyzont, oferowany komputer według twierdzenia odwołującego nie posiada 2 wolnych złączy pamięci, a które to stanowią minimalny wymóg zamawiającego. Jak wywodzi

odwołujący wykonawca Horyzont zaoferował komputer wyposażony w 2 złącza pamięci w sumie (2xDIMM, które to są złączami pamięci). Specyfikacja producenta nie zawiera żadnych informacji na temat ilości 2 wolnych złącz pamięci, a ponadto oferując płytę główną z 2 złączami DIMM i oferując jednocześnie 8GB pamięci RAM oczywistym staje się fakt, że przynajmniej 1 złącze musi być zajęte przez pamięć RAM, co zaś oznacza że maksymalnie 1 złącze na płycie głównej może wtedy pozostać wolne.

Tę sytuację stwierdza zamawiający, w toku badania oferty i kieruje wezwaniem do wykonawcy Horyzont w trybie art.223 ust.1 ustawy Pzp.

Przedmiotem badania, zawisłego sporu przed Izłą, było rozstrzygnięcie czy zamawiający w powyższej sytuacji był uprawniony, czy też zobowiązany, w związku z zasadą wyboru najkorzystniejszej oferty, do wezwania wykonawcy Horyzont do wyjaśnień czy też do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zamawiający jednoznacznie określił swoje zastrzeżenia w piśmie z dnia 10.03.2023r. (akta sprawy) do firmy Horyzont, a mianowicie precyzując następująco zarzut do złożonej oferty. Zamawiający stwierdza w tym piśmie, że zaoferowany produkt posiada tylko 2 gniazda na moduły pamięci DIMM, a zamawiający wymagał wolne złącza pamięci (tzn. po obsadzeniu modułami o wymaganej pojemności):min:2. W związku z tym nie spełnia wymagań, ponieważ w płycie głównej, zostanie jedynie 1 wolny slot, a nie wymagane dwa wolne sloty.

dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 10.03.2023r. do wyjaśnień przez Horyzont - akta sprawy.

Izba w tym miejscu stwierdza, że zamawiający badając ofertę firmy Horyzont stwierdza, że nie spełnia ta oferta parametru o.p.z. zawartego w zał. Nr 1 A do swz, to jest co do ilości wolnych slotów (oferta podaje 1 wolny slot a o.p.z. wymaga 2 wolne sloty).

W odpowiedzi na wezwanie firma Horyzont przesłała dnia 13.03.2023r. oświadczenie producenta komputera (firmy NTT System S.A.) stwierdzając w swoim piśmie, że producent oświadcza, „zaoferowana płyta posiada dwa wolne sloty pamięci zgodnie z opisem, przedmiotu zamówienia.

dowód: pismo przystępującego Horyzont z dnia 13.03.2023r.

Do pisma firma Horyzont załącza oświadczenie NTT System z dnia 09.03.2023r., w którym w jego pkt 2 stwierdza się, „2. W ofercie NTT System S.A.(...) zaoferowaliśmy płytę która posiada: - Chipset A520,2xDIMM(wolne, do dalszej rozbudowy) (...) 3. W wyniku pomyłki pisarskiej przy przekazywaniu oferty do naszego Partnera pominięty został fragment o wolnych slotach, co niniejszym wyjaśniamy.

Izba na posiedzeniu/rozprawie przyjęła w poczet materiału dowodowego zawnioskowane w pismach procesowych (odwołanie) dowody oraz przyjęła dowody zgłoszone na posiedzeniu/rozprawie.

Odwołujący składając oświadczenia do protokołu podtrzymał stanowisko i złożył dowody, na okoliczność potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu i stwierdził – „chodzi o zaoferowaną płytę główną i ilość zaoferowanych złączy dimm. W tym miejscu przedstawia 2 płyty główne na chipset'cie A520 jedna firmy Asus, a druga firmy MSI jako przykładowe nazwy firm. Producent komputera NTT podał, że w jego komputerze znajduje się chipset A520, nie podał jakiego producenta – producenci są różni. Nie ważne jaki jest producent, ale w tym chipset'cie można zaoferować tylko 2 rodzaje płyt głównych: Jedna z 2 złączami dimm w sumie, w tym przynajmniej jedno zajęte przez kość pamięci RAM lub drugi rodzaj płyt z 4 złączami dimm, w tym przynajmniej jedno zajęte przez kość pamięci RAM. Wynika z tego, że firma NTT zaoferowała komputer z 2 złączami dimm i z jedną kością pamięci RAM przez co nie został spełniony wymóg jaki był podany w SWZ, że muszą być 2 złącza dimm wolne.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego oświadczył, że stanowisko przedstawi do protokołu i tak wyjaśnił. Zamawiający: W tym miejscu potwierdza, że w złożonej ofercie, przystępujący posługuje się formułą 2 złącza dimm. Jednocześnie nadmienia, że w załączniku nr 1a podpisanym przez przystępującego, potwierdza, że płyta będzie posiadała 2 złącza dimm wolne po obsadzeniu pamięci. W tym miejscu zamawiający oświadcza, że w związku z pismem odwołującego w dniu 9 marca 2023 roku, gdzie wskutek interwencji odwołującego zamawiający zawiadomił wszystkich wykonawców o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1. Skutkiem tego było pismo w trybie art.223 z 10 marca 2023 wezwanie do przystępującego o wyjaśnienie zarzutów postawionych przez odwołującego, co do tylko 2 złączy dimm. Na pismo zamawiającego w dniu 13 marca 2023 K.L., wyjaśnił i złączył oświadczenie NTT z 9 marca 2023. Ponownie na rozprawie Zamawiający podtrzymywał stanowisko: „W sytuacji, gdy nie ma załącznika nr 2 podpisanego przez K.L. to wynika, że jest tylko jedno złącze wolne po obsadzeniu pamięci i gdyby był tylko jeden dokument to trzeba byłoby odrzucić ofertę. Ale zamawiający mając na uwadze podpisany załącznik nr 1a do SWZ przez K.L., gdzie na końcu pisze, wykonawca potwierdza spełnienie wyżej wymienionych wymogów, to po stronie zamawiającego zaistniał obowiązek wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy tymi dwoma dokumentami co do ilości wolnych złączy. Uważa, że w wyniku udzielonej odpowiedzi przez K.L. 13 marca 2023 sprzeczność w ofercie została usunięta i w związku z tym dokonaliśmy wyboru 16 marca jego oferty”.

Izba dokonując oceny zgromadzonego materiału w sprawie uwzględnia odwołanie, ponieważ zamawiający żądał wyjaśnień w trybie art.223 ust.1 ustawy PZP, a otrzymał od odwołującego, a właściwie od producenta zmianę oferty, przez dostosowanie oferowanego urządzenia do wymogów swz. Charakterystycznym w sprawie jest, że producent na wezwanie do wyjaśnień, które otrzymał bezpośrednio wykonawca wybrany, nie wyjaśnił wątpliwości co do ilości wolnych slotów, tylko zaproponował nową ofertę, a na dodatek oczekiwał aby pierwotną ofertę potraktować jako omyłkę pisarską. Okoliczności w sprawie nie budzą wątpliwości, są bezspornie ustalone to jest, że w złożonej ofercie przystępującego brak dwóch dodatkowych złączy (slotów). Natomiast zamawiający niesłusznie uważa, że skoro wykonawca wybrany załączył zał. Nr 1 A do SWZ i go osobiście parafował to jest opis przedmiotu zamówienia to miał prawo mieć wątpliwości co do treści złożonej oferty i występować o wyjaśnienia. Fakt dołączenia do oferty zał. Nr 1 A oraz oświadczenia, że wykona zgodnie zamówienie z oczekiwaniami zamawiającego, nie usprawiedliwia błędu producenta co do zaoferowania urządzenia z jednym wolnym slotem zamiast dwóch wolnych slotów, jak oczekiwał tego zamawiający, a do błędu wprost przyznał się producent.

W tym stanie rzeczy potwierdziły się zarzuty co do sprzecznej oferty przystępującego z wymaganiami zamawiającego, co spowodowało nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty.

Reasumując Izba uwzględnia zarzuty i argumentację odwołania. „Takie uzasadnienie odwołujący uważa za bezpodstawne, ponieważ nastąpiło ono w wyniku niedozwolonej negocjacji treści oferty i należy je rozumieć jako istotną zmianę treści oferty, co jest niezgodne z art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Art. 218 ust. 2 ustawy PZP nakłada na Wykonawców obowiązek składania ofert, których treść pozostaje w zgodności z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP Zamawiający odrzuca ofertę w razie jej niezgodności z warunkami zamówienia, przez co rozumie się zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP m.in. warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta Horyzont narusza warunki zamówienia, określone w SWZ i załącznikach do niego, w szczególności w zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia załączniku nr 1A do SWZ - OPZ, skutkiem czego podlegała odrzuceniu. Zamawiający zaniechał jej odrzucenia i wybrał ją jako najkorzystniejszą, czym naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy PZP”.

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 555 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.880 zł 13 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych trzynaście groszy) tytułem wpisu od odwołania i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę

Przewodniczący: