

WYROK
z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe "WIP" M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wieleń w Wieleniu**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kutnie z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odrzucenie oferty ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2021 r. poz. 1129) 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 – Gmina Wieleń w Wieleniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Wsparcie rodzin z rodzin popegeerowskich w rozwoju cyfrowym – Granty PPGR – dostawa sprzętu komputerowego dla Gminy Wieleń – KTI.271.18.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – ogłoszenie nr 2022/BZP 00299592/01 z dnia 10 sierpnia 2022 r.

W dniu 12 września 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe "WIP" M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą w Rybniku **wniósł** odwołanie od czynności:

- a) wyboru oferty złożonej przez ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA w Kutnie jako najkorzystniejszej;
- b) zaniechania odrzucenia oferty ZONEO,
- c) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZONEO, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- b) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZONEO, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) odrzucenia oferty złożonej przez ZONEO,
- c) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że:

I. Odnośnie naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZONEO, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

1. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 grudnia 2019 r., KIO 2320/19 wskazać należy, że: *„Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SIWZ bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy.”.*

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r. KIO 1929/19 podkreślono zaś, że: *„Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącym, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.”.*

2. Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Za wyrokami sygn. akt KIO 2082/17 oraz KIO 1567/18 Odwołujący wskazuje, że: „(...) z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.”.

3. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w Rozdziale XIV ust. 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wymagał złożenia Oferty na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Dalej, w ust. 5 tego Rozdziału Zamawiający wskazał, że Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w załącznikach do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

Integralną częścią Formularza Ofertowego był Formularz cenowy ze specyfikacją techniczną oferowanego sprzętu i oprogramowania, przygotowaną w formie tabeli, w treści której wykonawca był zobowiązany do podania **producenta i modelu oferowanego komputera stacjonarnego AIO, laptopa/notebooka oraz tabletu**, a także podania **istotnych parametrów faktycznych** oferowanego Zamawiającemu przedmiotu zamówienia, obejmujących bezwzględny wymóg - **„w ofercie wymagane podanie producenta i modelu procesora”**. Dodatkowo, w odniesieniu do wydajności/procesora w komputerze stacjonarnym AIO oraz laptopie/notebooku Zamawiający zażądał **załączenia do oferty wydruku ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php** potwierdzającego wynik wydajności procesora w teście Passmark – CPU Mark.

Wskazać jednocześnie należy, że ww. wymagania SWZ nie były przedmiotem zapytań ze strony wykonawców, nie były również zakwestionowane w drodze wniesienia

środków ochrony prawnej. Wymagania to należy zatem uznać za wiążące, a co za tym idzie – ich spełnienie powinno być wyegzekwowane przez Zamawiającego w toku badania i oceny złożonych ofert.

4. Tymczasem Wykonawca ZONEO, w zawartym w ofercie Załączniku nr 1, stanowiącym formularz ofertowy i cenowy, nie podał istotnych parametrów faktycznych w jakimkolwiek wierszu dotyczącym danej jednostki sprzętowej. Wykonawca ZONEO ograniczył się jedynie do wpisania sformułowania „SPEŁNIA”, co w świetle wyraźnego postanowienia SWZ czyniło zadość jedynie części wymagania Zamawiającego. Po analizie treści oferty ZONEO Zamawiający nie posiadał zatem wiedzy co do żadnego z faktycznych parametrów zaoferowanego sprzętu i oprogramowania.

Jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazuje, iż np. w odniesieniu do karty dźwiękowej komputera stacjonarnego AIO oraz laptopa/notebooka Zamawiający opisał swój wymóg dopuszczając jednocześnie możliwość rozwiązania równoważnego, zaś z oferty nie wynika, w jaki sposób ZONEO zamierza spełnić przedmiotowe wymaganie (oferując rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego czy inne, nieznanne rozwiązanie równoważne).

5. Dalej, za spełnienie wymogu podania producenta i modelu oferowanego laptopa/notebooka nie sposób uznać ogólnego oznaczenia „HP 15s” zamieszczonego w ofercie ZONEO. Oznaczenie to wskazuje co najwyżej na kilka rodzin produktów marki HP, natomiast nie jest z pewnością nazwą konkretnej serii a tym bardziej konkretnego modelu komputera dla którego producent HP określił jakąś kartę katalogową i który, gdyby został oznaczony jednoznacznie, mógłby precyzować konfigurację notebooka. Modele laptopów HP kategorii „domowych” (HP Home Notebook PCs) , w których mieści się określenie „HP 15s” (mogące należeć do serii modeli : 15-e0000, lub 15-e1000, lub 15-e2000, lub 15-e3000) oznaczane są w sposób następujący: 15s-eq2176nw, 15s-eq2006nw, 15s-eq2202nw, itp.; dodatkowo każdy z modeli ma swój Part Number typu „402N4EA”, „402N5EA”, itd.

Podsumowując, w zakresie oferowanego przez ZONEO laptopa/notebooka w ofercie brak jest modelu oferowanego komputera, symbolu konkretnej jego konfiguracji czy zestawienia parametrów (istotnych parametrów faktycznych).

6. Odwołujący podnosi, iż do oferty ZONEO nie załączono również wymaganych dla

komputera stacjonarnego AIO oraz laptopa/notebooka wydruków ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php potwierdzających wynik wydajności procesora w teście Passmark – CPU Mark. Wydruki te stanowią niewątpliwie przedmiotowe środki dowodowe. Należy podkreślić, że co do zasady, przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu. Zgodnie bowiem z treścią art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”.

W prowadzonym Postępowaniu Zamawiający nie przewidział jednak, w ogłoszeniu o zamówieniu ani w dokumentach zamówienia, możliwości uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Świadczy o tym treść Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w BZP - sekcja 5.9.) Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych: **Nie**

7. Brak podania w złożonej przez ZONEO ofercie modelu oferowanego laptopa/notebooka, wskazania oferowanych procesorów i istotnych parametrów faktycznych dla wszystkich pozycji asortymentowych oraz wydruków z wynikiem wydajności procesora w teście Passmark – CPU Mark dla komputerów AIO i laptopów/notebooków stanowi nieusuwalny brak oferty, ponieważ oznacza brak złożenia oświadczenia woli wykonawcy ZONEO, co do tego jakie konkretnie produkty i ich parametry oferuje. Brak jest w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie identyfikacji parametrów i funkcjonalności (konfiguracji), a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Podkreślenia wymaga, że właśnie na te aspekty wskazywał jednoznacznie Zamawiający we wzorze Załącznika nr 1 do SWZ.

8. Jak to już podniesiono powyżej Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Z oferty musi jednoznacznie wynikać jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich zdefiniowanych w SWZ i istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero

po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałyby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienia w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

W związku z powyższym, opisane braki w ofercie wykonawcy ZONEO obligują Zamawiającego do odrzucenia tej oferty, ponieważ jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

9. Odwołujący podnosi, że powyższej oceny nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający w toku badania ofert wezwał wykonawcę ZONEO do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz uzupełnienia wydruków ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php. Wręcz przeciwnie, treść wezwania Zamawiającego z dnia 25.08.2022 r. dobitnie potwierdza niezgodność treści tej oferty z warunkami zamówienia. W treści wezwania Zamawiający posłużył się wprost następującymi ustaleniami, cyt.:

„brak wskazania istotnych parametrów faktycznych potwierdzających spełnienie wymagań dla poszczególnych elementów zamówienia (...)”,

„Informacja zawarta w tabeli: „spełnia” nie zawiera istotnych parametrów faktycznych oferowanego sprzętu, które winny być ujęte w tabeli zgodnie z informacją zawartą w jej nagłówku”,

„brak załączenia wydruku ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php”

Odwołujący podnosi, iż ww. informacje, konfiguracje i wydruki były wyraźnie wymagane w ofercie, tymczasem zostały ujawnione dopiero na wezwanie Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia są zatem niedozwolonym skonkretyzowaniem oferowanego przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert (naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp) a dostarczone zestawienia i wydruki są niedozwolonym uzupełnieniem oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych (naruszenie art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z postanowieniami sekcji 5.9 Ogłoszenia o zamówieniu BZP).

II. Odnośnie naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZONEO, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

10. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę bezprawności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZONEO.
11. Nadto, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
- a) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
 - b) przejrzysty;
 - c) proporcjonalny.

Z powyższych przepisów wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i – z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty — działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym niedopuszczalne jest też określanie przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie sprecyzował tego przedmiotu w treści oferty.

12. W zakończeniu podkreślenia wymaga, że poza wykonawcą ZONEO, pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu uczynili zadość wymaganiom Zamawiającego, podając w złożonych ofertach istotne parametry faktyczne oferowanego sprzętu. Oznacza to .in., że sformułowane wymaganie Zamawiającego było dla wszystkich wykonawców zrozumiałe i jednoznaczne.

Reasumując, wykonawca ZONEO nie może być stawiany ponad innych wykonawców i preferowany przez Zamawiającego, a brak odrzucenia oferty ZONEO stanowi rażące naruszenie zasad określonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2022 r. (pismo z dnia 19 września 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że w prowadzonym postępowaniu pn. „Wsparcie rodzin z rodzin popegeerowskich w rozwoju cyfrowym- Granty PPGR- dostawa sprzętu komputerowego dla Gminy Wieleń” złożonych zostało 8 ofert. W toku oceny ofert Zamawiający ustalił, że część ofert zawiera informacje wymagające wyjaśnień w celu potwierdzenia, czy zaoferowane przez oferentów produkty, w pełni spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego w SWZ. Zapytania skierowano m.in. do firmy ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO-AKCYJNA, której wybór jako oferty najkorzystniejszej zakwestionowało w swoim odwołaniu z dnia 12.09.2022r. Przedsiębiorstwo Wytwórczo- Handlowe „WIP” M. S.-G.. Zamawiający w toku oceny ofert zwrócił się do firmy ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA o wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.). Oferent ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA wskazał w załączniku do druku oferta producenta oraz model komputera stacjonarnego, laptopa oraz tabletu. Wyjaśnienia dotyczyły potwierdzenia spełniania wymagań sprzętu w zakresie komputera stacjonarnego, laptopa oraz tabletu. Dodatkowo oferent nie załączył wydruków ze [strony http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php](http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php) w celu potwierdzenia spełniania przez oferowany sprzęt wyniku w teście Passmark-CPU Mark dla komputera stacjonarnego i laptopa.

W terminie określonym przez Zamawiającego oferent ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA złożył wymagane wyjaśnienia oraz wydruki ze strony potwierdzające spełnianie warunków określonych w SWZ. Powyższe wyjaśnienia nie stanowiły uzupełnienia ani negocjacji treści oferty, ani jej zmiany w stosunku do wersji złożonej do upływu terminu składania ofert. Wyjaśnienia miały służyć jedynie rozwianiu

wątpliwości Zamawiającego, które powziął odnośnie treści oferty. Złożone wyjaśnienia nie prowadziły do zmian w treści oferty (KIO 1194/18). Wyjaśnienia nie zawierały nowych informacji- informacje odnośnie typu (producenta i modelu komputera stacjonarnego, laptopa i tabletu) były zawarte w ofercie na stronach oznaczonych jako 5 z 17 do 7 z 17 wraz z informacjami, że te konkretne modele spełniają postawione w SWZ wymagania. Tym samym złożone wyjaśnienie nie wychodziło poza treść wynikającą ze złożonej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniu nie zmienił wcześniejszej oferty, a zatem nie doszło do niedozwolonych negocjacji. Należy zaznaczyć, że Zamawiający skorzystał z uprawnienia złożenia wyjaśnień co do treści złożonych ofert nie tylko w stosunku do firmy ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA lecz w stosunku do wszystkich oferentów, których oferty budziły wątpliwości zamawiającego. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty mogłoby prowadzić do niezasadnego odrzucenia ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto, w tej określonej sytuacji, zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści ofert naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie mógł kierować się na przypuszczeniach czy oferowany sprzęt spełnia warunki określone w SWZ, stąd celowe i konieczne było wezwanie do uzupełnień. (KIO 2387/17, KIO 2503/18, KIO 2302/18)

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, wydruki ze strony http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php potwierdzające spełnianie przez oferowany sprzęt wyniku w teście Passmark- CPU Mark- nie stanowiły przedmiotowych środków dowodowych, jak to wadliwie w swoim odwołaniu zauważył odwołujący, lecz stanowiły inne dokumenty składane w postępowaniu i podlegały w związku z tym obowiązkowi wezwania do uzupełnienia- warunek dotyczący spełniania przez oferowany sprzęt wyniku w teście Passmark- CPU Mark został również zawarty w pierwotnie złożonej ofercie na stronach oznaczonych od 5 z 17 do 7 z 17.

Dowód:

1. formularz ofertowy wykonawcy ZONEO wraz z załącznikami,
2. wyjaśnienia treści oferty złożone przez ZONEO.

Z przytoczonych powodów Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 pzp, dlatego Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania w całości zgodnie z art. 553 pzp.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – ogłoszenie nr 2022/BZP 00299592/01 z dnia 10 sierpnia 2022 r.

W dniu 12 września 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe "WIP" M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą w Rybniku wniósł odwołanie od czynności:

- a) wyboru oferty złożonej przez ZONEO O. SPÓŁKA KOMANDYTOWO- AKCYJNA w Kutnie jako najkorzystniejszej;
- b) zaniechania odrzucenia oferty ZONEO,
- c) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZONEO, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- b) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZONEO, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe "WIP" M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą w Rybniku, ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1, 2 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu stanowiska Odwołującego, złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że Zamawiający wymagał w rozdziale XIV ust. 3 SWZ, aby oferta została złożona na formularzu ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Ww. załącznik obejmował swoją treścią również formularz cenowy wraz ze specyfikacją techniczną oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Zgodnie z formularzem ofertowym, Zamawiający wymagał podania producenta i model komputera stacjonarnego AIO, laptopa/notebooka, tabletu wraz z podaniem producenta i modelu procesora i innych parametrów technicznych, a także załączenia do oferty wydruku ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php potwierdzającego wynik wydajności procesora w teście Passmark – CPU Mark dla komputera stacjonarnego AIO i laptopa/notebooka.

Co istotne, Zamawiający zobowiązał wykonawców dla potwierdzenia spełnienia wymagań wpisania słowa „SPEŁNIA” oraz podania „istotnych parametrów faktycznych”.

Izba zważa, że wykonawca ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna jedynie ograniczył się do wpisania w formularzu ofertowym słowa: „SPEŁNIA”, co w świetle postanowień SWZ, stanowiło jedynie część spełnienia wymagań Zamawiającego.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2022 r. wezwał Wykonawcę ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, o złożenie wyjaśnień odnośnie: „treści złożonej oferty w zakresie załącznika do druku oferta- potwierdzenie spełnienia wymagań wg poniższego zestawienia:

- brak wskazania istotnych parametrów faktycznych potwierdzających spełnienia wymagań dla poszczególnych elementów zamówienia dla:

a/ komputera stacjonarnego w zakresie: ekranu, wydajność/ procesor, pamięć RAM, dysk twardy, karta graficzna, karta dźwiękowa, połączenia i karty sieciowe, porty/ złącza (wbudowane), urządzenia wskazujące, peryferyjne, gwarancja, system operacyjny, wsparcie techniczne producenta, certyfikaty i standardy. Informacja zawarta w tabeli: „spełnia” nie zawiera istotnych parametrów faktycznych oferowanego sprzętu, które winny być ujęte w tabeli zgodnie z informacją zawartą w jej nagłówku;

b/ laptopa w zakresie: ekran, wydajność/ procesor, chipset, pamięć RAM, dysk twardy, karta graficzna, karta dźwiękowa, połączenia i karty sieciowe, porty/złącza (wbudowane), klawiatura, urządzenia wskazujące, kamera, bateria, gwarancja, system operacyjny, wsparcie techniczne producenta, certyfikaty i standardy. Informacja zawarta w tabeli: „spełnia” nie zawiera istotnych parametrów faktycznych oferowanego sprzętu, które winny być ujęte w tabeli zgodnie z informacją zawartą w jej nagłówku;

c/ tablet w zakresie: wyświetlacz, pamięć RAM, pamięć magazynowa, multimedia, łączność i sensory, pojemność baterii, złącza, gwarancja, system operacyjny. Informacja zawarta w tabeli:

„spełnia” nie zawiera istotnych parametrów faktycznych oferowanego sprzętu, które winny być ujęte w tabeli zgodnie z informacją zawartą w jej nagłówku.

- brak załączenia wydruku ze strony http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (na dzień nie wcześniejszy niż 09.08.2022) potwierdzającego wynik co najmniej 1700 punktów przez oferowany procesor komputera stacjonarnego w teście Passmark-CPU Mark,
- brak załączenia wydruku ze strony http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (na dzień nie wcześniejszy niż 09.08.2022) potwierdzającego wynik co najmniej 6200 punktów przez oferowany procesor laptopa w teście Passmark- CPU Mark”.

W dniach 30 sierpnia 2022 r. oraz 2 września 2022 r., Wykonawca ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, tj. zestawienia w postaci wykazu istotnych parametrów komputera stacjonarnego, laptopa, tableta oraz wydruki ze strony http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.

Tym samym, Izba jest zdania, że dopiero złożone wyjaśnienia przez wykonawcę ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna na wezwanie Zamawiającego skonkretyzowały oferowany przedmiot zamówienia.

Oznacza to, że na dzień składania ofert wykonawca ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna w swojej ofercie (formularzu ofertowym) nie podał istotnych parametrów technicznych ani w zakresie oferowanego komputera stacjonarnego AIO ani laptopa/notebooka, ani tabletu. Nie podał również konkretnego modelu laptopa/notebooka podając jedynie oznaczenie „HP 15s”, nie podał producenta i modelu procesora, a także nie załączył do oferty wydruków ze strony

www.cpubenchmark.net/cpu_list.php potwierdzające wynik wydajności procesora w teście Passmark – CPU Mark dla komputera stacjonarnego AIO oraz laptopa/notebooka.

Izba dodatkowo wskazuje, że rację ma Odwołujący, że: „za spełnienie wymogu podania producenta i modelu oferowanego laptopa/notebooka nie sposób uznać ogólnego oznaczenia „HP 15s” zamieszczonego w ofercie ZONEO. Oznaczenie to wskazuje co najwyżej na kilka rodzin produktów marki HP, natomiast nie jest z pewnością nazwą konkretnej serii a tym bardziej konkretnego modelu komputera dla którego producent HP określił jakąś kartę katalogową i który, gdyby został oznaczony jednoznacznie, mógłby precyzować konfigurację notebooka”. Świadczą o tym jednoznacznie dowody wniesione przez Odwołującego na posiedzeniu, gdzie oznaczenie notebooka „HP 15s” występuje w kilkudziesięciu modelach notebooków HP serii 15-e0000, 15-e1000, 15-e2000, czy 15-d3000, które oznaczane są np. 15s-eq0074nw, 15s-eq1016nw, 15s-eq2115nw, 15s-fq3004nw, jak również, że „pod tym oznaczeniem kryje się na stronie internetowej HP 529 notebooków”, na co zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający po pierwsze nie posiadał żadnej wiedzy co do faktycznych parametrów zaoferowanego sprzętu i oprogramowania przez Wykonawcę ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna na dzień składania ofert, co przekłada się m.in. na cenę oferowanego sprzętu, a po drugie poprzez brak wskazania przez Wykonawcę ZONEO O. spółka komandytowo-akcyjna konkretnych produktów i ich parametrów, Zamawiający nie miał możliwości dokonania jakiegokolwiek badania i oceny oferty co do zgodności z postawionymi wymaganiami w SWZ.

Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt. KIO 1929/19, w którym podkreślono, że: *„Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. (...)Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy”*, a Izba zgadza się w pełni z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Nadto, Izba zważa, że to z oferty Wykonawcy musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania Wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest zatem doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 ustawy PZP), dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie Zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie Odwołującego, który na rozprawie oświadczył, iż: „Odwołujący, jak i inni wykonawcy podali w treści oferty parametry oferowanego sprzętu w tym modele producentów, a wykonawca Zoneo wobec braku podania tych informacji w ofercie może po upływie terminu składania ofert modyfikować zaoferowany sprzęt. Ze względu na obecną sytuację na rynku IT tj. braki na rynku, nieprzewidywalność dostaw, opóźnienia dostaw, zerwanie więzów kooperacyjnych, możliwość zmiany parametrów sprzętu po terminie składania ofert jest nieuprawnioną przewagą wykonawcy Zoneo”.

Tym samym, Izba nie zgadza się z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że: „Wyjaśnienia nie zawierały nowych informacji- informacje odnośnie typu (producenta i modelu komputera stacjonarnego, laptopa i tabletu) były zawarte w ofercie na stronach oznaczonych jako 5 z 17 do 7 z 17 wraz z informacjami, że te konkretne modele spełniają postawione w SWZ wymagania. Tym samym złożone wyjaśnienie nie wychodziło poza treść wynikającą ze złożonej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniu nie zmienił wcześniejszej oferty, a zatem nie doszło do niedozwolonych negocjacji”.

Nadto Izba zważa, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, w związku z czym Izba pominęła kwestię naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust.1 ustawy PZP oraz art. 107 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Na marginesie Izba zgadza się z Odwołującym, że wydruki ze strony www.cpubenchmark.net/cpu_list.php stanowiły przedmiotowe środki dowodowe.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy PZP, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe są merytorycznie powiązane z opisem przedmiotu zamówienia. Odnoszą się one bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia) i co do zasady są również w znaczeniu materialnym, jak i formalnym częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Tym samym dokumenty przedmiotowe należy traktować jako formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez Zamawiającego.

Z taką właśnie mamy sytuacją w niniejszej sprawie, gdzie Zamawiający określił wymagania co do procesora uzyskującego wynik co najmniej 1700 punktów w teście Passmark – CPU Mark według wyników procesorów publikowanych na stronie http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (na dzień nie wcześniejszy niż 09.08.2022) odnośnie komputera stacjonarnego AIO oraz procesora uzyskującego wynik co najmniej 6200 punktów w teście Passmark – CPU Mark według wyników procesorów publikowanych na stronie http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (na dzień nie wcześniejszy niż 09.08.2022) odnośnie laptopa/notebooka, a potwierdzeniem tych wymagań miało być załączenie do oferty wydruków ze strony potwierdzających ww. wyniki.

Tym samym rację ma Odwołujący, który stwierdził na rozprawie, że: „Zamawiający w OPZ wprowadził wymóg minimalnej wydajności procesorów, a na potwierdzenie spełnienia tego wymagania zażądał złożenia dokumentu, jakim jest wydruk z testu. Nadto Odwołujący wskazuje, że te wydruki były żądane razem z ofertą”.

Izba uważa, że pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba jest zdania, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy PZP będący zarzutem wynikowym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: