

**WYROK**  
**z dnia 14 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Exon Computer Systems A. J. Sp. k. z siedzibą w Toruniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie 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 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**  
**Uzasadnienie**

Zamawiający – Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa zestawów graficzno-informatycznych*.

W dniu 3 grudnia 2018 r. wykonawca CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 1 względnie art. 87 ust. 2 pkt 3, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące parametrów technicznych przedmiotu zamówienia w załączniku nr 4 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, natomiast każdy z wykonawców składających ofertę miał dokonać potwierdzenia zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganiami OPZ poprzez wypełnienie dwóch tabel w załączniku nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy. W przedmiotowych tabelach, z których pierwsza dotyczyła stacji graficzno-informatycznej, a druga monitora, należało wypełnić kolumnę nr 4 „Oferowane parametry techniczne i informacje dotyczące sprzętu oraz sposobu spełnienia wymagań”. W poz. 14 pierwszej tabeli Zamawiający w kolumnie 3 określił wymagania dotyczące systemu operacyjnego stacji graficzno-informatycznej, wskazując:

- Licencja na system Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit lub równoważny
- Dołączone nośniki systemu w wersji Windows 10 Pro PL 64 bit,
- Zainstalowany system operacyjny z Windows 10 Pro PL 64 bit.

Ponadto nad każdą z tabel znajdujących się z Formularza ofertowym Zamawiający określił wymóg podania modelu i producenta oferowanych stacji graficzno-informatycznych oraz monitorów.

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty, w tym Odwołującego, która przedstawiała najniższą cenę i identyczny okres gwarancji zestawu graficzno-informatycznego w stosunku do pozostałych złożonych ofert. Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wzorem Formularza ofertowego określonym przez Zamawiającego. W poz. 14 tabeli potwierdzającej parametry techniczne oferowanych stacji graficzno-informatycznych – System operacyjny – Odwołujący wpisał:

- Licencja na system Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit lub równoważny – w przypadku dołączonych nośników systemu oraz zainstalowanego systemu operacyjnego:
- Dołączone nośniki systemu w wersji Windows 10 Pro PL 64 bit

–Zainstalowany system operacyjny z Windows 10 Pro PL 64 bit

Ponadto w Formularzu ofertowym nad tabelą parametrów oferowanych Odwołujący oznaczył model i producenta oferowanych stacji graficzno-informatycznych, wskazując: Oferowany model: CZR Business 1150 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego Producent: CEZAR Sp. z o.o.

W dniu 27 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Helica Sp. z o.o., natomiast oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał dwie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego:

- wpisanie w poz. nr 14 Formularza ofertowego - System operacyjny - określenia „Licencja na system Windows 10 Pro PL 64 bit lub równoważny”, podczas gdy zgodnie z rozdziałem VI SIWZ Zamawiający nie dopuścił, w ramach przedmiotowego postępowania, złożenia oferty wariantowej;
- fakt, że oferowany przez Odwołującego model stacji graficzno-informatycznej - „CZR Business 1150 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego” w przeciwieństwie do monitora, nie jest możliwy do zidentyfikowania po wpisaniu go w przeglądarce internetowej. Co za tym idzie Zamawiający nie ma możliwości powzięcia szczegółowych informacji na temat oferowanej przez Wykonawcę stacji graficzno-informatycznej i jej weryfikacji pod kątem spełnienia pod kątem spełnienia wymogów określonych w SIWZ w zakresie: opisu oferowanej płyty głównej, a dokładnie ilości złącz DIMM, ilości gniazd PCI, ilości portów USB, BIOS, spełnienia wymogów bezpieczeństwa (technologia TPM wejść mikrofonowych oraz karty sieciowej). W rezultacie Zamawiający stwierdził, że oferowana przez Odwołującego stacja graficzno-informatyczna, na dzień składania ofert, nie istnieje. Zamawiający powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2015 r., sygn. KIO 2750/14.

Zarzuty związane z odrzuceniem oferty Odwołującego z uwagi na stwierdzone przez Zamawiającego złożenie oferty wariantowej

Odwołujący podniósł, że w przypadku poz. 14 Formularza ofertowego Odwołującego wskazanie wyrażenia „lub równoważne” stanowi wynik oczywistej omyłki pisarskiej, będącej wynikiem omyłkowego powielenia w całości sformułowania użytego we wzorze formularza oferty przez Zamawiającego. Odwołujący, który zaoferował stację wyposażoną w system operacyjny Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit wraz z nośnikami i licencjami dla tego systemu, tj. podstawowe rozwiązanie wyspecyfikowane przez Zamawiającego we wzorze formularza ofertowego, skorzystał z treści postanowienia przygotowanej przez Zamawiającego, natomiast w wyniku omyłki zaniechał usunięcia sformułowania „lub równoważny” odnoszącego się do licencji na system operacyjny.

Zdaniem Odwołującego omyłka ma charakter oczywisty, na pierwszy rzut oka widać bowiem, że Odwołujący omyłkowo powielił w całości określony przez Zamawiającego wymóg. Dodatkowo oczywistą omyłkę potwierdza fakt, że w przypadku dołączonych nośników i zainstalowanego systemu operacyjnego Odwołujący zaoferował Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit – bez dodatkowych określeń. Należy wskazać, że nie ma możliwości, aby Odwołujący oferował licencje na inny system operacyjny niż jednoznacznie określony w pozycji „nośniki” i „zainstalowany system operacyjny”. Licencje są nierozdzielnie związane z zaoferowanymi nośnikami i zainstalowanym systemem. Odwołujący stwierdził, że ma charakter czysto techniczny, związany z przeoczeniem przy przygotowywaniu treści formularza ofertowego przez Odwołującego. Przedmiotem oferty Odwołującego jest bowiem urządzenie wyposażone w system operacyjny Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit, zarówno w przypadku systemu zainstalowanego, dołączonych nośników, jak i licencji. W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było bezpodstawne, gdyż nie doszło do złożenia oferty wariantowej, Odwołujący zarówno w przypadku systemu zainstalowanego, dołączonych nośników, jak i licencji, oferuje system Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit. Oferta jest więc zgodna z treścią SIWZ, a Zamawiający powinien usunąć omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że przedmiotowa omyłka nie spełnia wszystkich przesłanek uznania jej za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (z czym Odwołujący się nie zgadza), Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stwierdzona omyłka nie powodowałaby żadnych zmian w treści oferty, przedmiotem oferty Odwołującego jest bowiem urządzenie wyposażone w system operacyjny Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit, zarówno w przypadku systemu zainstalowanego, dołączonych nośników, jak i licencji. W takim przypadku, ustalając, czy stwierdzona niezgodność ma charakter zamierzony, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn użycia wyrażenia „lub równoważny” w przypadku licencji na system operacyjny, a zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący braku możliwości zidentyfikowania modelu stacji graficzno- informatycznej na stronach internetowych

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 do SIWZ określił model i producenta oferowanej stacji graficzno-informatycznej, wskazując: Oferowany model: CZR Business 1150 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego Producent: CEZAR Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że zaoferował w przedmiotowym postępowaniu urządzenie, którego jest producentem, czego nie zakazywała SIWZ. Zaoferowana stacja graficzno-informatyczna posiada konfigurację zgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w tym załączniku nr 4 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w wypełnionym i złożonym formularzu ofertowym.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił w SIWZ wymagania, aby w ofercie podać informacje dotyczące strony internetowej, na której znajdują się informacje potwierdzające zgodność parametrów oferowanych określonych w Formularzu ofertowym z wymaganiami SIWZ. Zamawiający nie wymagał również, aby informacje potwierdzające zgodność parametrów urządzenia z SIWZ dostępne były z poziomu strony internetowej producenta. Pomimo tego Zamawiający wbrew wymaganiom określonym w SIWZ dotyczącym m.in. sposobu potwierdzenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia, uczynił podstawę odrzucenia oferty z faktu, że model oferowanego urządzenia nie jest możliwy do odnalezienia na stronach internetowych, przez co Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania parametrów zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ. Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego była nieuprawniona, w przedmiotowym postępowaniu podstawą weryfikacji zgodności oferty z treścią SIWZ był bowiem wypełniony formularz ofertowy, a nie informacje pozyskiwane samodzielnie przez Zamawiającego.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że oferowana przez Odwołującego stacja graficzno-

informatyczna nie istnieje, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił wymagania, aby oferowane urządzenia pochodziły z produkcji seryjnej i były dostępne na dzień składania ofert. Odwołujący oferuje dostawę urządzeń, które zostaną skonfigurowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. W rezultacie Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz ofertowy) Zamawiający zamieścił tabelę, w której wykonawcy mieli podać oferowany model i producenta stacji graficzno-informatycznej. W kolumnie 3 tabeli Zamawiający zamieścił wymagania minimalne, wypełnienie kolumny 4 (Oferowane parametry techniczne i informacje dotyczące sprzętu oraz sposobu spełnienia wymagań) należało do wykonawcy.

W punkcie 14 ww. tabeli w kolumnie 3 Zamawiający podał:

- Licencja na system Microsoft 10 Pro PL 64 bit lub równoważny,
- Dołączone nośniki systemu w wersji Windows 10 Pro PL 64 bit,
- Zainstalowany system operacyjny w Windows 10 Pro PL 64 bit.

Odwołujący złożył Formularz ofertowy, w którym podał, że oferuje stację graficzno-informatyczną model: CZR Business 1150 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, producent CEZAR Sp. z o.o.

W punkcie 14 w kolumnie 4 Odwołujący wpisał:

- Licencja na system Microsoft 10 Pro PL 64 bit lub równoważny
- Dołączone nośniki systemu w wersji Windows 10 Pro PL 64 bit
- Zainstalowany system operacyjny w Windows 10 Pro PL 64 bit

Pismem z 27 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podał: *Zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, Wykonawca zobowiązany był do wpisania w Kolumnie nr 4 Formularza ofertowego dokładnych parametrów technicznych i informacji na temat oferowanego sprzętu. W treści złożonej oferty w zakresie stacji graficzno-informatycznych w poz. 14 – System operacyjny, Wykonawca wpisał „Licencja na system Windows 10 Pro PL 64 bit lub równoważny”, a zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ, Zamawiający nie dopuścił, w ramach przedmiotowego postępowania, złożenia oferty wariantowej. Jednocześnie, zaoferowany w Formularzu ofertowym model stacji graficzno-informatycznej – „CZR Business 1150 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego”, w przeciwieństwie do monitora, nie jest możliwy do zidentyfikowania po wpisaniu go w przeglądarce internetowej. Co za tym idzie, Zamawiający nie ma możliwości powzięcia szczegółowych informacji na temat oferowanej przez Wykonawcę stacji graficzno-informatycznej i jej weryfikacji pod kątem spełnienia wymogów określonych w SIWZ w zakresie: opisu oferowanej płyty głównej, a dokładnie ilości złącz DIMM, ilości gniazd PCI, ilości portów USB BIOS, spełnienia wymogów bezpieczeństwa (technologia TPM wejść mikrofonowych i słuchawkowych) oraz karty sieciowej. Biorąc pod uwagę powyższe, oferowana przez ww. Wykonawcę stacja graficzno-informatyczna na dzień składania ofert, nie istnieje. Dodatkowo, stanowisko Zamawiającego odzwierciedla wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 2750/14 z dnia 13 stycznia 2015 r.*

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.

Oceniający zasadność zarzutów odwołania w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada merytorycznym wymaganiom dotyczącym cech czy sposobu wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie każda zatem nieprawidłowość czy brak precyzji w złożonej ofercie może zostać zakwalifikowana jako niezgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca jej odrzucenie. Ponadto podkreślenia wymaga, że oferta stanowi oświadczenie woli podlegające wykładni, a poszczególne elementy tego oświadczenia nie powinny być oceniane w oderwaniu od pełnej treści oferty oraz wymagań zamawiającego.

W ocenie Izby wykładni treści oferty Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, co jest przedmiotem oferty. Czytając całość oświadczenia zamieszczonego w formularzu ofertowym w punkcie 14 tabeli należy dojść do wniosku, że skoro Odwołujący zaoferował stacje graficzno-informatyczne wyposażone w system operacyjny Microsoft Windows 10 Pro PL 64 bit wraz z nośnikami (takie było bowiem wymaganie Zamawiającego), to przedmiotem oferty jest licencja do tego właśnie systemu. Nie ma możliwości, aby Odwołujący zaoferował licencje na inny system operacyjny niż jednoznacznie określony w pozycji „nośniki” i „zainstalowany system operacyjny”, gdyż istotą licencji jest prawo do korzystania z konkretnego systemu operacyjnego, w który wyposażone jest urządzenie. Jakkolwiek faktem jest, że Odwołujący błędnie wpisał w kolumnie 4 w odniesieniu do licencji określenie „lub równoważny”, to nie ulega wątpliwości, że wynikało to ze skopiowania wymagania opisanego przez Zamawiającego w kolumnie 3, nie zaś z zamiaru zaferowania innej licencji, niż licencja na system zainstalowany w oferowanym urządzeniu. Oświadczenie wykonawcy czytane całościowo potwierdza, co jest przedmiotem oferty, a powyższy błąd należy uznać jedynie za uchybienie niewpływające na merytoryczną poprawność oferty. W związku z tym Izba nie dostrzega konieczności poprawienia tego

uchybień w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, byłoby to bowiem jedynie zbędnym formalizmem.

Na marginesie wskazać należy na brak precyzji wymagania opisanego przez Zamawiającego w punkcie 14 tabeli. Po pierwsze biorąc pod uwagę, że Zamawiający jednoznacznie określił, jakiego systemu operacyjnego wymaga, dodanie – w odniesieniu do licencji na system operacyjny – określenia „lub równoważny”, jest zbędne i nieprawidłowe, gdyż przedmiotem oferty nie może być żadna inna licencja niż na system wymagany przez Zamawiającego. Jednocześnie sformułowanie „Licencja na system Microsoft 10 Pro PL 64 bit lub równoważny” czytane literalnie mogłoby wskazywać, że dopuszczenie równoważności odnosi się do systemu Microsoft, nie zaś do licencji.

Odnosząc się do odrzucenia oferty z powodu niemożności odnalezienia w przeglądarce zaoferowanego modelu stacji graficzno-informatycznej, zauważyć należy, że Zamawiający wymagał od wykonawców jedynie oświadczenia potwierdzającego spełnianie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, nie określił natomiast sposobu weryfikacji tego oświadczenia. Co więcej, w SIWZ brak jest postanowienia, zgodnie z którym oferowany model sprzętu musi pochodzić z produkcji seryjnej, być oferowany na stronach internetowych producenta, czy też w ogóle istnieć w dacie składania oferty. Wobec powyższego, okoliczności faktyczne wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty (tj. brak możliwości zidentyfikowania urządzenia po wpisaniu jego nazwy w przeglądarce internetowej i w konsekwencji brak możliwości weryfikacji jego parametrów) nie mają żadnego oparcia w brzmieniu SIWZ. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty uznając jej niezgodność z wymaganiami niewyartykułowanymi w SIWZ, a przyjętymi dopiero na etapie oceny oferty. Takie działanie Zamawiającego godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Realizacja tych zasad wymaga, aby wszelkie oczekiwania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, a także sposób oceny spełniania tych wymagań, były udostępnione wszystkim wykonawcom w SIWZ, z kolei stosowanie wymagań czy sposobu weryfikacji poprawności oferty nieokreślonego w takim dokumencie skutkuje brakiem przejrzystości działań zamawiającego oraz ryzykiem arbitralności dokonywanych ocen.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający – odrzucając ofertę Odwołującego – naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b z późn. zm.)

**Przewodniczący:.....**