

WYROK
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 października 2020 r.** przez wykonawcę **Virtual Technologies IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Zespół Placówek Wsparcia Edukacji z siedzibą w Opolu** przy udziale wykonawcy **VULCAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Virtual Technologies IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Virtual Technologies IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zespół Placówek Wsparcia Edukacji w Opolu wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zamówienia na dostawę sprzętu technologii informacyjnych i komunikacyjnych (TIK), niezbędnego do nauczania zdalnego tj.: komputerów przenośnych dla nauczycieli kształcenia ogólnego, monitorów interaktywnych, wizualizatorów, kamer i zestawów słuchawkowych w ramach realizacji projektu 9.1.1 pn. „OP@LSKIE DLA LICEÓW – zdalne nauczanie zbliża!”, współfinansowanego ze środków RPO WO 2014 – 2020, realizowanego przez Regionalny Zespół Placówek Wsparcia Edukacji w Opolu«.

03.08.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 148-362668.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

22.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Vulcan Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej przystępujący lub wykonawca Vulcan).

02.10.2020 r. wykonawca VIRTUAL TECHNOLOGIES IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Vulcan, mimo że oferta wykonawcy Vulcan jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) dokonał unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Vulcan jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Vulcan jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał na nieprawidłowości w treści oferty wykonawcy Vulcan, które nie podlegają uzupełnieniom ani poprawom:

1. Wymóg w zakresie obudowy – kąt otwarcia matrycy

3.08.2020 r. Zamawiający opublikował SIWZ, w tym załącznik nr 1 do SIWZ wskazujący na konieczność zaoferowania komputera przenośnego, którego kąt otwarcia matrycy wynosi min. 175°.

Następnie w toku wyjaśniania treści SIWZ Zamawiający 6.08.2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie dopuszczając możliwość zaoferowania komputera przenośnego, którego kąt otwarcia matrycy wynosi min. 120°.

Ponownie 21.08.2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie wskazując na konieczność zaoferowania komputera przenośnego, którego kąt otwarcia matrycy wynosi min. 160°.

W przypadku każdej ze zmian Zamawiający publikował zmodyfikowany załącznik nr 1 do SIWZ Ostatnim obowiązującym dokumentem w zakresie wymagań technicznych stanowił dokument o nazwie: „załącznik nr 1 formularz rzeczowo cenowy LO po zmianach 21.08.2020.xls”.

Analiza oferty wykonawcy Vulcan wskazuje na zaoferowanie komputera przenośnego, którego kąt otwarcia matrycy nie spełnia wymagań Zamawiającego. W treści swojej oferty wykonawca Vulcan zaoferował:

„Obudowa wyposażona w zawiasy metalowe. Kąt otwarcia matrycy min. 120°” co jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego i świadczy o niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ.

Jednocześnie wykonawca Vulcan z pełną świadomością złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ bo celem przygotowania oferty wykonawca Vulcan wykorzystał wzór załącznika nr 1, w którym wskazano w zakresie wymagań Zamawiającego na minimalny kąt otwarcia matrycy 160°.

2. Wskazanie producenta i modelu oferowanego procesora

Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ wskazał w kolumnie nr 4:

»Oferowany przez Wykonawcę typ/model/producent/numer katalogowy (numer konfiguracji lub part numer) spełniający minimalne parametry wraz ze wskazaniem podstawowych parametrów«

Nie powinno ulegać wątpliwości, że Zamawiający wymagał podania konkretnych informacji pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego.

W odniesieniu do procesora Zamawiający wskazał następujące wymagania:

»64bitowy procesor min. 2 rdzeniowy z zintegrowaną grafiką, zaprojektowany do pracy w komputerach przenośnych, rodziny x86/x64, o wydajności nie mniejszej niż 7180 punktów w teście Performance CPU Mark. Lista wyników Performance Test CPU Mark z 13 lipca stanowiła załącznik nr 1a do SIWZ Wykonawca w składanej ofercie powinien podać dokładny model oferowanego podzespołu«.

W odniesieniu do tak postawionych wymagań wykonawca Vulcan zaoferował:

„AMD Ryzen™ 3/5 series processor”.

Wykonawca Vulcan, mimo jednoznacznych wymagań Zamawiającego nie wskazał:

- typu lub modelu oferowanego procesora (wskazanie na serię procesora 3 lub serię 5);
- numeru katalogowego (brak informacji),
- podstawowych parametrów potwierdzających spełnienie wymagań (brak informacji).

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący jednoznacznie wykaże, że procesory AMD Ryzen serii 3 i 5 występują w konfiguracjach niespełniających wymagań Zamawiającego, w związku z czym złożona oferta (jako nieokreślona, niesprecyzowana) powinna zostać oceniona jako sprzeczna z treścią SIWZ. Jest to o tyle rażące, że Zamawiający w treści wymagania jednoznacznie wskazał, że Wykonawca w składanej ofercie powinien podać dokładny model oferowanego podzespołu (w odniesieniu do procesora).

3. Brak wskazania oferowanego systemu operacyjnego

Analogicznie jak w odniesieniu do procesora wykonawca Vulcan nie potwierdził spełnienia wymagań (nie sprecyzował swojej oferty) w zakresie oferowanego systemu operacyjnego.

Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ postawił wymaganie:

»Microsoft Windows 10 Pro/EDU 64 bit lub system operacyjny klasy PC w polskiej wersji językowej lub równoważny spełniający co najmniej następujące wymagania przez wbudowane mechanizmy, bez użycia dodatkowych aplikacji [...]«. Przez tak postawione wymaganie Zamawiający oczekiwał jednoznacznego wskazania czy wykonawca oferuje system Windows 10 czy też system operacyjny równoważny.

Wykonawca Vulcan w treści swojej oferty wskazał:

„Windows 10 EDU x64 w polskiej wersji językowej przeznaczony dla sektora edukacyjnego lub równoważny spełniający co najmniej następujące wymagania przez wbudowane mechanizmy, bez użycia dodatkowych aplikacji [...]”.

Ocena treści oferty we wskazanym zakresie prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wykonawca Vulcan nie sprecyzował czy oferuje system Windows 10, czy też system równoważny co skutkowało powinno oceną oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Wszystkie wskazane nieprawidłowości nie mogą zostać uzupełnione ani poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W myśl tego przepisu Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 listopada 2019 r., KIO 2304/19 wskazać należy, że: „Warunkiem *sine qua non* dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest to, że Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają zamawiającemu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje zamieszczone w ofercie i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy”. Zamawiający w toku postępowania, co wynika z protokołu postępowania, nie dopatrył się jakichkolwiek podstaw do poprawienia niezgodności treści oferty wykonawcy Vulcan z treścią SIWZ.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 2.10.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 5.10.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

7.10.2020 r. wykonawca Vulcan Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy 13.10.2020 r. (art. 183 ust. 2 i 6 Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy 15.10.2020 r., KIO/W 89/20 (art. 183 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) O1 (AD) – wydruki ze strony producenta AMD stwierdzające, że we wskazanych przez przystępującego Vulcan seriach można znaleźć procesory, które spełniają i nie spełniają wymagania Zamawiającego;
- 2) O3 – wydruk ze strony internetowej sklepu Media Expert z kodem produktu analogicznym jak w dowodzie nr Z2 złożonym przez Zamawiającego na stronie pierwszej karty 8 na potwierdzenie, że w drugiej linii nazwy laptopa znajdują się symbole, które nie są widoczne na wydruku ze sklepu Media Expert;

3)O4 – wydruk z wyszukiwania z 27.10.2020 r. na potwierdzenie, że produkt o symbolach 82C7(...) nie znajduje się w zasobach Internetu;

B)zamawiającego:

4)Z2 – protokół z 9.09.2020 r. Komisji Przetargowej zamawiającego na potwierdzenie, że Komisja wskazała na laptop Lenovo V15, który zdaniem Komisji spełnia wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Vulcan, mimo że oferta wykonawcy Vulcan jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący uzasadnił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Vulcan, mimo że wykonawca Vulcan:

1)nie zaoferował komputera przenośnego, którego kąt otwarcia matrycy wynosi min. 160°;

2)nie wskazał producenta i modelu oferowanego procesora;

3)nie potwierdził spełnienia wymagań (nie sprecyzował swojej oferty) w zakresie oferowanego systemu operacyjnego »Microsoft Windows 10 Pro/EDU64 bit lub system operacyjny klasy PC w polskiej wersji językowej lub równoważny spełniający co najmniej następujące wymagania przez wbudowane mechanizmy, bez użycia dodatkowych aplikacji [...]« (cytat z zał. nr 1 do SIWZ).

Dlatego odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Vulcan nie spełnia wymagań zamawiającego i powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Izba stwierdziła, że z samych fotografii laptopa Lenovo V15 ADA załączonych przez przystępującego można wywieść, że kąt otwarcia matrycy wynosi około 180°, a nie tylko wymagane przez zamawiającego min. 160°.

Odwołujący nie wziął pod uwagę czynników, które 9.09.2020 r. ustaliła Komisja Przetargowa zamawiającego z przedstawionych w ofercie danych można było jednoznacznie ustalić, że zaoferowany przedmiot to laptop LENOVO V15ADA RYZEN 5 3500U 8GB 256GB SSD W10P 82C7S02W00, co potwierdził zamawiający przedstawiając dowód I Z2 pierwsza strona karty 8.

Jednocześnie Izba stwierdza, że odwołujący składając dowody O1 (AD) wykazał tylko, że istnieje wiele serii procesorów AMD Ryzen. Jedne z nich spełniały, a inne nie spełniały warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Jednak zaoferowany przez wykonawcę Vulcan laptop posiadał procesor, który znajdował się w serii RYZEN 5 3500U spełniającej warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ, na co również wskazywał dowód nr O1 D odnoszący się do procesora 3500U serii 5 spełniającego wymagania zamawiającego uzyskując 7193 punkty w teście.

Ponadto z obie strony karty 8 oraz pierwszej strony karty 9 dowodu nr Z2 okazanego przez zamawiającego wynika, że wykonawca Vulcan zaoferował system operacyjny Windows 10 Pro, co właśnie wskazuje na spełnienie wymagań zamawiającego.

Odnosząc się do dowodu nr O3 złożonego przez odwołującego na potwierdzenie, że karta 8 z dowodu nr Z2 złożonego przez zamawiającego nie jest oryginalnym wydrukiem ze strony sklepu Media Expert – Izba stwierdza, że rzeczywiście między wydrukami daje się zauważyć różnice, np. w drugim wersie symbolu nazwy produktu, widoku fotografii produktu, ceny produktu, co pokazuje na różne karty dotyczące innych produktów, a nie na dopisanie symboli nie przez sklep, co sugerował odwołujący. Dlatego dowód nr O3 nie został wzięty pod uwagę przez Izbę jako dowód nie dotyczący zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Także dowód nr O4 – złożony przez odwołującego na potwierdzenie, że część symbolu nazwy zaoferowanego przez wykonawcę Vulcan laptopa »82C7S02W00« nie jest możliwa do znalezienia w Internecie – nie może być wzięty pod uwagę przez Izbę ze względu na czas poszukiwania przez odwołującego – 27.10.2020 r., a czas sporządzenia oferty przez wykonawcę Vulcan – początek września 2020 r. [oferta nie musi być sporządzana w dniu upływu terminu składania ofert czy w przeddzień], a więc około półtora miesiąca. W tym czasie »żywy organizm« Internetu mógł wykazać wiele zmian. Ponadto odwołujący wykazał zainteresowanie się tylko częścią symbolu nazwy produktu zaoferowanego przez wykonawcę Vulcan, co mogło dać inne wyniki wyszukiwania niż w przypadku szukania pełniejszej nazwy, a zwłaszcza pełnej nazwy, którą przedstawił wykonawca Vulcan. Dlatego dowód nr O4 nie został wzięty pod uwagę przez Izbę jako dowód nie dotyczący właściwej nazwy zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....