Sygn. akt: KIO 189/21

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 15 lutego 2021 r. odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **Immitis Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie**;
przy udziale:
A.wykonawcy: **Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach**;
B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:
1. SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, 2. Egida IT Solutions Sp. z. o.o. z siedzibą w Warszawie;
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Immitis Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**, i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący :……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 189/21

UZASADNIENIE

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający" lub „KGP"),prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą Pzp" - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem na potrzeby funkcjonariuszy i pracowników Policji w ramach umowy ramowej"; nr sprawy: 17/BŁiI/20/EZ (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 045-106139.

W dniu 4 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował następujących wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia, o odrzuceniu złożonych przez nich ofert,
na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:
1.IMMTTIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Immitis" lub „Odwołujący");
2.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MBA System Sp. z o.o., 2. MBA System Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie;
3.Computex Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie.

W dniu 14 stycznia 2021 r. Immitis wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty podnosząc, że ten dokonał w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ten sposób, że niezasadnie uznał on, że Odwołujący złożył oferte sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") w zakresie wyposażenia urządzeń - Komputery PC Typ 1 - biurowe oraz Komputery typ 2 - wydajne w porty USB i odrzucił jego ofertę jako nieodpowiadającą treści SIWZ, pomimo braku tego rodzaju sprzeczności i spełniania przez urządzenia zaoferowane przez Odwołującego postanowień SIWZ w brzmieniu ostatecznie nadanym przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia zaskarżonej przez niego czynności oraz powtórzenia czynności badania ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Wskazywał, że przedmiotowe zamówienie dotyczy m.in. dostawy komputerów PC typ 1- biurowy oraz komputerów typ 2- wydajny. Opis przedmiotu zamówienia, w tym wymogi jakościowe Zamawiającego wobec oferowanych przez Wykonawców dostaw urządzeń, zawarte zostały w załączniku nr 2 do SIWZ -Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ") oraz w załączniku nr 6 do SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowe wymagania w toku postępowania ulegały licznym zmianom, w tym w zakresie relewantnym dla niniejszego odwołania.

Ostatecznie ustalony kształt wymogu, którego naruszenie Zamawiający zarzucił Odwołującemu był następujący: Dla komputera PC typ 1 - biurowy Płyta główna: 4 gniazda pamięci RAM. 4 x USB 3.0 lub 6x USB 3.0 na tylnym panelu. 1 x Gigabit Ethernet,
1 x gniazdo mikrofonu lub line-in, 1 x gniazdo słuchawek lub line out. Dla komputera typ
2- wydajny Płyta główna: 4 gniazda pamięci RAM, 4 x USB 3.0 lub 6x USB 3.0 na tylnym panelu. 1 x Gigabit Ethernet, 1 x gniazdo mikrofonu lub line-in, 1 x gniazdo słuchawek
lub line out.

W toku postępowania, po złożeniu ofert, Zamawiający wezwał m.in. Odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. oferty, także odnośnie portów USB w spornym urządzeniu Lenovo ThinkCentre M 720t zaoferowanym jako komputer PC- typ 1 i komputer typ 2. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zostały przez Zamawiającego zaakceptowane i 6 października 2020 r. dokonał on wyboru oferty Odwołującego jako jednej
z 3 najkorzystniejszych.

Czynność wyboru została zaskarżona i w postępowaniu w połączonych sprawach KIO 2672/20, KIO 2673/20 i KIO 2675/20 doszło do jej unieważnienia- z przyczyn innych, niż stanowiące obecnie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Należy jednak mieć
na względzie, że w postępowaniach toczących się w wyżej wymienionych sprawach tamtejsi odwołujący (Grupa E Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Suntar Sp. z o.o. i Egida IT Solutions Sp. z o.o.) podnosili zarzuty tożsame z przyczynami obecnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający uznał powyższy zarzut względem wszystkich Wykonawców, względem których został on podniesiony (tj. Odwołującego oraz konsorcjum MBA System Sp. z o.o. i MBA System Sp. z o.o. Sp. k.), względem czego Immitis (tamże przystępujący) wniósł sprzeciw. Odwołujący w tamtych postępowaniach, na skutek wniesionego sprzeciwu, cofnęli zarzuty wobec oferty Odwołującego w relewantnym dla niniejszej sprawy zakresie.

Dalej Odwołujący, odnosząc się do treści pisma informującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty zwrócił uwagę, że Zamawiający nie prezentuje własnej argumentacji odnośnie domniemanej niezgodności urządzeń zaoferowanych przez niego z wymogami SIWZ, a jedynie (z czym się nie kryje) kopiuje bez jakiegokolwiek komentarza argumentację prezentowaną przez innych wykonawców (Grupa E Sp. z o.o. oraz konsorcjum Suntar Sp. z o.o. i EGIDA IT Solutions Sp. z o.o.) zawartą w odwołaniach złożonych przez nich uprzednio w postępowaniach o sygn. KIO 2672/20 i KIO 2673/20. Budzi to istotne wątpliwości z punktu widzenia samodzielności decyzyjnej Zamawiającego
i zachowania przez niego zasad uczciwej konkurencji, w tym - przejrzystości prowadzonego postępowania.

Ponadto, jego zdaniem, przyjęcie obecnie argumentacji konkurencyjnych wykonawców i twierdzenie, jakoby rozumienie SIWZ przez Zamawiającego było zbieżne
z ich poglądem jest sprzeczne z zachowaniami Zamawiającego podejmowanymi w toku postępowania, a które wskazywały na akceptację wykładni postanowień SIWZ prezentowanej przezOdwołującego. Wskazuje to co najmniej na niejednoznaczność postanowień SIWZ (choć w ocenie Odwołującego pozorną w sposób dla niego korzystny,
o czym dalej), która musi być każdorazowo interpretowana na korzyść wykonawcy
(tu - Odwołującego). Wykonawcy nie mogą obciążać niedostatki w precyzyjnym formułowaniu wymagań SIWZ przez Zamawiającego.

W końcu też, Zamawiający powołując jako dodatkowy argument za trafnością jego aktualnej decyzji okoliczności dotyczące poprzedniego postępowania odwoławczego, interpretuje jego przebieg wybiórczo i popełnia błąd logiczny, wynikający z wnioskowania
w oparciu o niepełne przesłanki. Tymczasem, jeżeli już doszukiwać się pomocniczych argumentów w przebiegu postępowania w sprawach KIO 2672/20 i KIO 2673/20,
to przemawiają one za brakiem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Z jednej strony bowiem, inaczej niż wywodzi to Zamawiający, brak złożenia sprzeciwu przez innego wykonawcę (konsorcjum MBA System Sp. z o.o. i MBA System Sp. z o.o. Sp. k.) wobec uznania spornego zarzutu względem jego oferty, nie może być interpretowany jako milczące przyznanie domniemanej niezgodności urządzenia Lenovo ThinkCentre M720t
z opisem przedmiotu zamówienia- wynika to ze specyficznej sytuacji procesowej, w jakiej znalazł się tamten podmiot (nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 2673/20), uniemożliwiającej złożenie wiążącego sprzeciwu z przyczyn formalnych.

Decyzja tamtego podmiotu miała zatem przesłanki wyłącznie- formalne, które nie mogą świadczyć o merytorycznym stosunku tamtego oferenta do zarzutów względem jego oferty. Z drugiej zaś strony w sytuacji, w której sprzeciw Odwołującego złożony w tamtej sprawie mógł doprowadzić do merytorycznego rozpoznania zarzutu przez Izbę, odwołujący w tamtych postępowaniach cofnęli odwołanie w zakresie tego zarzutu (będącego najdalej idącym, bo mogącym skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego a nie jedynie zmianą otrzymanej przez nią punktacji, co było ostatecznym efektem tamtych postępowań odwoławczych), dając tym samym wyraz swojemu przekonaniu, iż nie znajdował
on uzasadnionych podstaw. Inaczej rzecz ujmując- przebieg postępowania w połączonych sprawach KIO 2672/20, KIO 2673/20 i KIO 2675/20 potwierdza, że nawet w ocenie konkurencyjnych Wykonawców oferta Odwołującego była w spornym zakresie zgodna
z SIWZ.

Przechodząc z kolei do interpretacji spornego zapisu SIWZ Odwołujący zauważył, że powyższe elementy składają się na naruszającą przepisy ustawy Pzp sytuację, w której Zamawiający, zmieniając w tym zakresie bez żadnej uzasadnionej przyczyny pogląd ujawniony w toku postępowania, stawia względem urządzeń oferowanych przez Odwołującego wymagania, których próżno szukać w SIWZ. Prawidłowe (a więc takie, jakie mogło być przyjęte przez przeciętnego uczestnika postępowania w oparciu udostępnioną dokumentację) jego rozumienie prowadzi bowiem do wniosku, że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i wymaganiami, które zostały w niej wyrażone.

Zamawiający w piśmie datowanym na 31 grudnia 2020 r., zawiadamiającym
o odrzuceniu, odmiennie niż Odwołujący (a jednocześnie w sposób wadliwy) interpretuje postanowienia SIWZ dotyczące płyty głównej komputerów PC typu 1 - biurowy i typu
2- wydajny. Wywodzi on obecnie (inaczej niż w toku postepowania) jakoby sporny wymóg

w części „4 x USB 3.0 lub 6 x USB 3.0. na tylnym panelu" obligował wykonawców do zaoferowania urządzeń, które posiadać będą USB 3.0 na panelu tylnym (4 lub 6), podnosząc, że zaoferowane przez niego urządzenie Lenovo ThinkCentre M720t tak rozumianego wymogu nie spełnia. Argumentacja ta zasadza się na kwestionowaniu spełniania przez oferowane urządzenia wymogu, który w SIWZ się nie znalazł. W żadnym miejscu SIWZ nie znalazł się bowiem obowiązek dostarczenia urządzeń, które wyposażone byłyby w porty USB na tylnym panelu. Jedyny wymóg, jaki SIWZ w tym zakresie ustanawiał, dotyczył ilości wymaganych portów USB 3.0 w przypadku, w którym producent zdecydowałby się je tam umiejscowić (wówczas winno być ich 6), a więc sytuacji zgoła odmiennej, niż podnoszona w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Inaczej rzecz ujmując - wymóg SIWZ w tej części dotyczył liczby portów, których minimalna ilość została
zróżnicowana w zależności od ich położenia (6 - jeżeli na tylnym panelu, 4 - jeżeli na pozostałych).

Twierdzenia odwołujących w poprzednio prowadzonych i już zakończonych postępowaniach, powielone obecnie przez Zamawiającego, jakoby wymóg w spornej części odczytywać należało jako determinujący położenie USB 3.0 na tylnym panelu, jest nie
do pogodzenia z regułami logiki formalnej. Zastosowanie spójnika logicznego alternatywy łącznej („lub"), dla spełnienia wymagań SIWZ w zakresie portów USB 3.0 powodowało,
iż w odniesieniu do płyty głównej oferowanych urządzeń typu 1- biurowy, typu 2- wydajny wystarczające było wypełnienie jednego z dwóch alternatywnie postawionych wymagań,
tj. wyposażenia urządzenia: (1) w co najmniej 4 porty USB 3.0 (niezależnie od ich umiejscowienia na panelach obudowy) lub (2) w co najmniej 6 portów USB 3.0
- umiejscowionych na tylnym panelu

Niezależnie zatem od intencji Zamawiającego (choć wybór oferty Odwołującego
po udzieleniu przez niego wyjaśnień w tym przedmiocie na tle wątpliwości analogicznych, co prezentowane obecnie potwierdza, iż intencje Zamawiającego w momencie publikacji SIWZ były tożsame z rozumieniem tego zapisu przez Odwołującego - treść warunku opisanego w SIWZ potwierdza, iż umiejscowienie USB 3.0 na tylnym panelu nie było objęte wymogami Zamawiającego (choć było dopuszczalne, pod warunkiem zwiększenia ich liczby).

Sprzeczne z ogólnie przyjętymi zasadami wykładni, w tym - zakazami wykładni *per non est* oraz wykładni *ad absurdum* byłoby z kolei wywodzenie, że sporne postanowienie SIWZ tworzy alternatywę wyłącznie w zakresie ilości wymaganych USB 3.0, jako element stały pozostawiając ich umiejscowienie. W sensie logiki formalnejZamawiający (w ślad
za treścią odwołań ws. KIO 2672/20 i KIO 2673/20) chce zatem obecnie odczytywać sporny warunek wbrew jego treści, jako iloczyn logiczny alternatywy dotyczącej ilości portów USB
i odrębnego, niezmiennego argumentu dotyczącego ich położenia na tylnym panelu. Trzeba tymczasem pamiętać, że sporny zapis odnosi się nie do sztywno określonej dopuszczalnej liczby portów a (zgodnie z nagłówkiem tabeli) do parametrów minimalnych. Trywializując- nie chodzi w nim o to, że niezgodne z SIWZ byłoby urządzenie wyposażone w 7 x USB 3.0, a jedynie o zagwarantowanie minimalnej wymaganej liczby USB 3.0. W konsekwencji wykładnia forsowana w poprzednio złożonych odwołaniach, zaakceptowana obecnie przez Zamawiającego powodowałaby, że drugi z argumentów tak opacznie rozumianej alternatywy („6x USB 3.0") zawierałby się w pierwszym (co najmniej 4x USB 3.0), a tym samym alternatywa miałaby charakter wyłącznie pozorny. Każde urządzenie, spełniające drugi z rzekomo alternatywnych warunków, spełniałoby jednocześnie pierwszy z nich, albowiem niewątpliwie urządzenie posiadające 6 x USB 3.0 jednocześnie posiada minimum 4 x USB 3.0.Zauważył, że gdyby celem wymogu było określenie umiejscowienia USB 3.0 (a nie wskazanie ich liczby- różnej w zależności od umiejscowienia),Zamawiający poprzestałby na określeniu minimalnego wymaganego parametru płyty głównej jako
„4x USB 3.0 na tylnym panelu", albowiem dalsza treść (lub 6x USB 3.0) byłaby już zbędna.

Uwzględniając powyższe, interpretacja SIWZ przyjęta obecnie przez Zamawiającego na potrzeby zaskarżonej czynności, stanowi wypaczenie jej jasnej
i oczywistej treści, zmierzając do wytworzenia wrażenia, iż skonkretyzowany został w nim warunek, którego nie sposób z tego dokumentu wywodzić. Wykonawca pozostaje natomiast związany wyłącznie tym, co w specyfikacji faktycznie zapisano, nie zaś tym,
co Zamawiający chciał w niej zapisać ani tym bardziej tym, co konkurenci Odwołującego próbują z niej przy pomocy pokrętnych zabiegów wyinterpretować.

Nie da się odmiennej interpretacji wymogu postawionego w SIWZ (o czym marginalnie wspomina cytat Zamawiającego ze złożonych uprzednio odwołań) wywodzić także z wymogów dotyczących innych elementów wyposażenia oferowanych urządzeń (czy to obudowy komputera, czy to zakazu stosowania kart rozszerzeń oraz adapterów/ przejściówek). Powyższe wymogi nie wpływają bowiem na interpretację parametrów minimalnych, określonych w SIWZ względem płyty głównej. Parametry oferowanego przez Odwołującego urządzenia nie pozostają w jakiejkolwiek kolizji z wymogami SIWZ dotyczącymi płyty głównej, obudowy czy zakazu stosowania kart rozszerzeń funkcjonalność komputera w zakresie: portów USB, SATA, PS/2 oraz adapterów/przejściówek. Zaoferowane przez niego urządzenie spełnia w/w wymogi.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez niego urządzenie spełnia warunki SIWZ dotyczące płyty głównej, posiadając wymaganą minimalną
(co najmniej 4) liczbę USB 3.0, które umiejscowione są w sposób zgodny z SIWZ (konkretnie na panelu przednim urządzenia). Wobec faktu, iż producent Lenovo nie zdecydował o umiejscowieniu ich na panelu tylnym, faktyczna liczba USB 3.0 w spornym urządzeniu jest wystarczająca dla spełnienia wymogów SIWZ, a zaskarżona czynność Zamawiającego narusza prawo.

Zamawiający, w dniu 18 stycznia 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 21 stycznia 2021 r.:
1)wykonawca: **Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** (dalej „Przystępujący Grupa E");
2)wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:
1. SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, 2. Egida IT Solutions Sp. z. o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący „Konsorcjum Suntar");
3)wykonawca: **IT Punkt Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** (dalej „IT Punkt").

Izba uwzględniła opozycję odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - wykonawcy IT Punkt, zgłoszoną

na posiedzeniu. Odwołujący podniósł bowiem okoliczność, że pomimo obowiązku, wynikającego z treści przepisu art. 525 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.", zgłaszający przystąpienie wykonawca nie przekazał kopii zgłoszenia przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Izba stwierdziła, na podstawie akt sprawy,
że przedmiotowe potwierdzenie nie zostało także załączone do przystąpienia, które IT Punkt doręczył Prezesowi Izby. Z uwagi na to, że wykonawca ten pomimo, że został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy - nie stawił się
w wyznaczonym dniu - powyższego braku nie sposób było ani uzupełnić, ani nawet wyjaśnić. Tym samym, mając na uwadze treść przywołanego przepisu art. 525 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. - Izba postanowiła opozycję uwzględnić.

Ponadto Izba, na wniosek Odwołującego, dokonała analizy treści pełnomocnictwa złożonego przez Pana A. W., w kontekście podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości wynikających z treści art. 510 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. uznając,
że potwierdza ono umocowanie do działania w imieniu Odwołującego, co wprost wynika
z treści złożonego pełnomocnictwa. Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z cytowanym przepisem pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania,
a ponadto osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Nie ulega wątpliwości, bo przedmiotowa informacja znajduje się w treści pisma procesowego, że Pan A. W. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Zamówień Publicznych. Z kolei z jawnego dla wszystkich zainteresowanych odpisu z CEiDG wynika, że działalność przez niego prowadzona polega na działalności prawniczej. W ocenie Izby powyższe uwiarygadnia możliwość pozostawania w stosunku zlecenia z przystępującym. Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik, pozostający w stosunku zlecenia, był w stanie ten fakt wykazać w sytuacji gdy pojawią się wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika
do wykazywania istnienia tego stosunku. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się braków
w zakresie wykazania skuteczności umocowania Pana A. W. . Pełnomocnictwo zostało przedstawione w sposób właściwy i upoważnia osobę w nim wymienioną
do reprezentowania Konsorcjum Suntar w postępowaniu.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp z 2019 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną
w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a Immitis, po zapoznaniu się
z odwołaniem, stanowiskiem procesowym Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak też stanowiskiem Przystępującego Konsorcjum Suntar przedstawionym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i uczestników postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła,
co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania
ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu
w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia
i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający uznał, że złożona oferta jest niezgodna
z treścią SIWZ i podjął decyzję o jej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza (jako jedna z 3) w postępowaniu. Odwołujący tym samym został pozbawiony możliwości wykonania zamówienia, co oznacza, że został naruszony jego interes w uzyskaniu zamówienia, jak i zaistniała możliwość powstania po jego stronie szkody, rozumianej jako brak możliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej.

Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci: oświadczenia Konsorcjum MBA oraz podręcznika użytkownika dla oferowanego w postępowaniu sprzętu (ThinkCentre M720t) za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Bez znaczenia dla oceny zarzutów pozostaje stanowisko jednego z wykonawców, którzy ubiegali się
o przedmiotowe zamówienie, odnoszące się do rozumienia spornego wymagania. Z kolei
z podręcznika użytkownika dla oferowanego sprzętu wynika jedynie, że z tyłu urządzenia umiejscowione są wyłącznie złącza USB 2.0, zaś złącza 3.0 umiejscowione zostały
z przodu urządzenia, co nie było w niniejszej sprawie sporne.

Również dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie w postaci zdjęć oferowanego przez Odwołującego urządzenia należało uznać za nieprzydatne
do rozstrzygnięcia sprawy, z tych samych powodów, o których mowa była w odniesieniu
do przedłożonej instrukcji użytkownika. Z kolei dowód Zamawiającego: specyfikacja produktu została sporządzona wyłącznie w języku angielskim. Tymczasem zgodnie z art. 506 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. wszystkie dokumenty składane na rozprawie przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie
na język polski.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, celem którego jest

zawarcie umowy ramowej na zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem na potrzeby funkcjonariuszy i pracowników Policji. Zamówienie dotyczy m.in. dostawy komputerów PC typ 1- biurowy oraz komputerów typ 2- wydajny. Opis przedmiotu zamówienia, w tym wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia zostały sprecyzowane w załączniku nr 2 do SIWZ - OPZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ.

Przedmiotowe wymagania w toku prowadzonego postępowania ulegały zmianom,
w tym w odniesieniu do zapisów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. OPZ w zakresie spornego postanowienia SIWZ został finalnie ustalony w piśmie znak RF-3228/20 z 8 maja 2020 r., w którym Zamawiający zmienił treści załącznika nr 2 oraz załącznika nr 6 do SIWZ. Tym samym w zakresie urządzenia: Komputery PC - typ 1
- biurowe oraz komputery typ 2 - wydajne, postawiono następujące wymagania: Płyta główna: 4 gniazda pamięci RAM. 4 x USB 3.0 lub 6x USB 3.0 na tylnym panelu. 1 x Gigabit Ethernet, 1 x gniazdo mikrofonu lub line-in, 1 x gniazdo słuchawek lub line out. Płyta główna musi posiadać funkcje blokowania wejścia do BIOS oraz blokowania startu systemu operacyjnego (gwarantujący utrzymanie zapisanego hasła nawet w przypadku odłączenia wszystkich źródeł zasilania i podtrzymania BIOS). Bios w płycie głównej musi posiadać funkcje blokowania/ odblokowania BOOT-owania stacji roboczej z zewnętrznych urządzeń. Możliwość ustawienia portów USB w trybie "no BOOT", czyli podczas startu komputer nie wykrywa urządzeń typu USB, natomiast po uruchomieniu systemu operacyjnego porty USB są aktywne. Możliwość ustawienia hasła na dowolny zamontowany w komputerze dysk twardy. Możliwość wyłączania wszystkich portów USB, pojedynczo. Wbudowany (wlutowany) układ TPM. Funkcja uruchamiania komputera z klawiatury - dedykowany port USB. Funkcja pozwalająca na bezpieczne wymazanie danych z zainstalowanego dysku twardego. Funkcja przypominająca o wymianie filtra przeciwkurzowego.

Dalej Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu złożył między innymi Odwołujący, który jako komputer PC - typ 1 i komputer PC - typ 2 zaoferował następujące urządzenie: Lenovo ThinkCentre M720t.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zauważa, że bez znaczenia dla oceny zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego pozostaje kwestia kolejnych decyzji, i okoliczności
w jakich były podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Fakt, że Zamawiający początkowo dokonał wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej, a następnie stanowisko swoje zmienił w wyniku odwołań wniesionych przez innych wykonawców ubiegających się o to zamówienie
i uwzględnił zarzuty formułowane w odniesieniu do oferty Odwołującego - nie ma wpływu na ocenę czy treść oferty Odwołującego jest zgodna czy też sprzeczna z treścią SIWZ.
Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że zarzuty Odwołującego, że działania Zamawiającego były pozbawione konsekwencji, są bezpodstawne. Zamawiający bowiem, w toku ówczesnego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą,
w którym uczestniczył także Odwołujący, uwzględnił zarzuty dotyczące tego, że zaoferowany sprzęt nie spełnia wymogów SIWZ, bowiem nie posiada wymaganej liczby portów USB 3.0. Logiczną zatem konsekwencją powyższego była właśnie czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, jako niespełniającej wymagań SIWZ w tym zakresie.

Jeżeli już odnosić się do samego postępowania przetargowego i jego przebiegu
w kontekście sposobu rozumienia spornych zapisów SIWZ to, jak zwrócił uwagę przystępujący Konsorcjum Suntar, z treści odwołania złożonego przez Odwołującego
16 marca 2020 r. dotyczącego zapisów SIWZ wynika, że w zakresie lokalizacji portów USB Odwołujący wymaganie to rozumiał w taki sam sposób, w jaki czyni to aktualnie Zamawiający, oceniając złożone oferty. Jak bowiem stwierdził wówczas Odwołujący (str. 14 odwołania): „Zamawiający postawił wymóg dot. wyposażenia oferowanych urządzeń
w określoną ilość portów USB określonego rodzaju na tylnym panelu (wyprowadzanych bezpośrednio z płyty głównej). Jednocześnie w zakresie obudowy oczekuje dodatkowych portów, również - wyprowadzanych z płyty głównej, umiejscowionych w przednim, bocznym lub górnym panelu". Dalej Odwołujący zwracał uwagę, że takie wymagania nie znajdują uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, jednocześnie faworyzując konkretnego producenta i linię produktową. Z uwagi na to, że Odwołujący podjął decyzję o wycofaniu odwołania, sporny zapis pozostał w treści SIWZ i ponownie jest kwestionowany przez Odwołującego, który pomimo prezentowanego wówczas w treści odwołania stanowiska,
na etapie oceny ofert stwierdza, że był on dla niego niejasny i nieprecyzyjny.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że badaniu w niniejszej sprawie podlegały wyłącznie zapisy SIWZ oraz treść złożonej przez Odwołującego ofert, a te w toku oceny złożonych ofert nie ulegają zmianie. Izba zatem, badając czy doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oceniła wyłącznie czy w niniejszej sprawie mamy
do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ polegającą albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający
i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania
i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach przypominała, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego
z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego między innymi
do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, w zakresieinstytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu
na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu
i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem,

że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba zauważa, że w treści SIWZ zamawiający sprecyzował swoje wymagania odnoszące się do komputerów typ 1 - biurowe oraz typ 2 - wydajne zarówno w zakresie ilości, jak też rodzaju i rozmieszczenia portów USB. Zapis ten brzmiał w następujący sposób: 4 x USB 3.0 lub 6 x USB 3.0 na tylnym panelu oraz 2 x USB 2.0 oraz 1 x USB 3.0 oraz 1 x USB 3.0 Typu C na przednim, bocznym lub górnym panelu. Tym samym rację ma Zamawiający, który stwierdził, że czytając i analizując w sposób całościowy zapisy SIWZ, nieuprawnionym i niezgodnym z jednoznacznym brzmieniem zawartych w tym dokumencie wymagań jest próba rozłącznego traktowania wymogów dotyczących: płyty głównej, obudowy komputera, jak też zakazu stosowania kart rozszerzeń oraz adapterów/ przejściówek. Przedmiotowy zapis tj. „4 x USB 3.0 lub 6 x USB 3.0 na tylnym panelu" obligował wykonawców do zaoferowania urządzeń, które posiadać będą USB 3.0 na panelu tylnym (w ilości 4 lub 6), gdyż ten fragment SIWZ dotyczył w całości wymagań odnośnie ilości USB wyłącznie na panelu tylnym.

Nie było kwestią sporną, że oferowane przez Odwołującego urządzenie Lenovo ThinkCentre M720t posiada na panelu tylnym jedynie 4 x USB 2.0, brak jest natomiast wyprowadzonych z płyty portów typu 3.0 na tylnym panelu. Zarówno z treści wyjaśnień Odwołującego złożonych w toku postępowania, jak też z treści złożonego odwołania wynika, że faktu tego nie kwestionuje.

Spornym jest natomiast, w ocenie Odwołującego, fakt niespełnienia tego wymagania rozumianego w ten sposób, że przesądza ono o tym, że istnieje konieczność posiadania co najmniej 4 portów USB 3.0 z tyłu obudowy i sposób w jaki rozumieć należy łącznik „lub" w treści cytowanego wyżej zapisu.

W ocenie Izby łącznik „lub", który znalazł się w treści spornego wymagania należy odczytywać inaczej niż czyni to Odwołujący. Nie można bowiem stwierdzić, że ten pozwala na taką interpretację, że w przypadku gdy sprzęt wyposażony zostanie w 4 porty USB 3.0, to te mogą być umieszczone niezależnie od ich umiejscowienia na panelach obudowy, lub też jeśli będzie wyposażony w 6 portów USB 3,0 - to wówczas należy je umiejscowić na tylnym panelu. Gdyby bowiem taka była intencja Zamawiającego - dałby temu wyraz wprost w treści SIWZ. Stwierdzić należy, że Odwołujący nadaje spornym zapisom SIWZ brzmienie, które nie znalazło literalnego odzwierciedlenia w jej treści.

Zauważyć należy również, że powyższa interpretacja prowadzi do następujących, błędnych wniosków a mianowicie, że skoro płyta główna posiada już 4 porty USB 3.0, umiejscowione w jakimkolwiek innym miejscu, nie ma już konieczności wyprowadzenia żadnych portów USB 3.0. na panelu tylnym. Przypomnieć należy ponownie, że kwestia umieszczenia portów USB 3.0 w innym miejscu (na przednim, bocznym lub górnym panelu) - została uregulowana w innym miejscu SIWZ.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że płyta główna komputera zaoferowanego przez Immitis - Lenovo ThinkCentre M720t nie posiada wyprowadzonych na tylnym panelu żadnych portów USB 3.0 (posiadają na panelu tylnym jedynie 4 x USB 2.0) w związku z tym nie spełnia wymagań opisanych w treści SIWZ, aby urządzenie posiadało „4x USB 3.0 lub 6x USB 3.0. na tylnym panelu". W konsekwencji Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :……

Członkowie:……

……