

WYROK
z dnia 29 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez odwołującego KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Mikołowski przy udziale wykonawcy M. Sz.-G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wytwórczo Handlowe „WIP” M. Sz.-G. w Rybniku przystępującą do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji z wykonawcą M. Sz.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wytwórczo Handlowe „WIP” M. Sz.-G. w Rybniku, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od odwołującego KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu na rzecz zamawiającego Powiatu Mikołowskiego kwotę 217,00 zł (dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 29 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1653/21

Zamawiający – Powiat Mikołowski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu, ul. Żwirki i Wigury 4a, 43-190 Mikołów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Sprzedaż i dostawa sprzętu komputerowego do ZSP w Ornontowicach, ZST w Mikołowie w ramach projektu „Efektywne Funkcjonalne Szkoły II – Program Rozwoju Szkół Zawodowych i Technicznych Powiatu Mikołowskiego”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2021 r. pod numerem 021/BZP 00029232/01, zwane dalej „postępowaniem”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 maja 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca KOMBIT PLUS Sp. z o.o. Sp. k. ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PWH WIP, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie braku określenia modelu oferowanego laptopa w zakresie urządzenia nr 13 „Laptop do pracowni hodowli koni w ZSP Ornontowicach” oraz w zakresie zaoferowanego komputer Lenovo Legion 5 17IMH05 (urządzenie nr 3), który nie posiada wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności BIOSu: blokady portów USB oraz blokady uruchamiania komputera z wybranych napędów,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako sprzecznej z treścią SWZ w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego,
3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy PWH WIP jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu,

zaś z ostrożności także:

4. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji z wykonawcą PWH WIP, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej ofert,
5. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty tj. spełnienia wymagania w zakresie portów dla oferowanego laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty M. Sz.-G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wytwórczo Handlowe „WIP” M. Sz.-G. w Rybniku (zwanej w odwołaniu PWH WIP) i jej odrzucenie, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanego laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

I.Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PWH WIP, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w rozdz. IV SWZ ust. 1 pkt 1.1 zamawiający określił, iż „W ofercie należy podać podstawowe informacje dotyczące oferowanego sprzętu. Wykonawca informacje te podaje w zakresie wskazanym w formularzu ofertowym. Ofertę należy sporządzić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ”. Tym samym, obligatoryjnym elementem oferty jest wypełnienie i złożenie przygotowanego przez zamawiającego załącznika nr 1 do SWZ. Wymaganiem wynikającym wprost z SWZ było określenie m.in. konkretnego producenta oraz modelu oferowanego urządzenia - w pozycji 13 formularza. Wykonawca PWH WIP w złożonej ofercie nie określił modelu oferowanego laptopa w zakresie urządzenia nr 13 „Laptop do pracowni hodowli koni w ZSP Ormontowicach”. Należy zauważyć, iż w zakresie pozostałych urządzeń wykonawca ten prawidłowo odczytywał wymagania zamawiającego, określając zarówno producenta jak i model oferowanego urządzenia.

Wskazanie przez PWH WIP na „Notebook HP” jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, w szczególności nie stanowi skonkretyzowania zobowiązania wykonawcy. Producent HP oferuje na rynku dziesiątki modeli laptopów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, niezgodność oferty z treścią SWZ może polegać nie tylko na merytorycznej niezgodności treści oferty z wymogami zakreślonymi w SWZ, lecz również na niezgodnym z SWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO sygn. 2642/18). Obowiązkiem wykonawcy było jednoznaczne określenie oferowanych urządzeń tj. podania ich producenta oraz modelu. Oferta wykonawcy jest w tym zakresie niezgodna z wymaganiami SWZ, a konsekwencją niezgodności jest brak możliwości przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż informacje określone w formularzu oferty stanowiły treść oferty wykonawcy i nie mogą podlegać modyfikacji na etapie badania i oceny ofert.

W zakresie laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej + mysz (grafika rastrowa) do pracowni grafiki komputerowej i multimediów w ZST Mikołów 1 szt. (pkt 3 OPZ) zamawiający wymagał, aby BIOS komputera zapewniał możliwość konfiguracji hasła użytkownika i administratora, blokadę portów USB, blokadę uruchamiania komputera z wybranych napędów, fabrycznie wpisany nieusuwalny numer seryjny producenta. Natomiast wykonawca w złożonej ofercie (w odniesieniu do poz. 3 OPZ) zaferował komputer Lenovo Legion 5 17IMH05, który nie posiada wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności BIOSu: blokady portów USB oraz blokady uruchamiania komputera z wybranych napędów. Powszechnie dostępne materiały producenta, w szczególności dostępny na stronie internetowej opis BIOSu dla przedmiotowego komputera potwierdzają przedmiotową niezgodność z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący podał link do strony internetowej i wskazał, że na niej dostępny jest również symulator BIOSu tego komputera (należy w lewym górnym rogu wpisać: 17IMH05). Narzędzie dokładnie i w interaktywny sposób pokazuje wszystkie dostępne w BIOS opcje, co zamawiający mógł zweryfikować.

II.Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, jako sprzecznej z treścią SWZ w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że w dniu 26 maja 2021 r. został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty. Podstawę odrzucenia stanowiło przeświadczenie zamawiającego o braku portów RJ 45 i HDMI. Natomiast zdaniem odwołującego zamawiający nie wymagał zastosowania wbudowanych portów, a także nie zastrzegł, iż nie dopuszcza wykorzystania dedykowanych adapterów. Oferowany przez odwołującego laptop zapewnia możliwość wykorzystania portów RJ 45 i HDMI. Producent laptopa (DELL Precision 5750), bowiem w komplecie są odpowiednie adaptory umożliwiające użytkowanie portów RJ 45 i HDMI przez wbudowane w urządzeniu porty USB-C - możliwość wykorzystania portów RJ 45 i HDMI została zaimplementowana w złączu USB-C. Oferta odwołującego obejmuje rzeczony adaptory umożliwiające użytkowanie portów RJ 45 i HDMI.

Wykorzystanie adapterów w żaden sposób nie obniża poziomu użyteczności, czy funkcjonalności oferowanego komputera. Adaptory stanowią element zestawu dostarczanego przez producenta. Oferta została przygotowana w oparciu o szablon przekazany przez zamawiającego, który wymagał jedynie określenia producenta oraz modelu laptopa oraz potwierdzenia poszczególnych parametrów poprzez użycie sformułowania „tak”. Tym samym, sposób złożenia oferty wynikał z oczekiwań zamawiającego.

W ocenie odwołującego postawione wymaganie obliuguje do zapewnienia konieczności posiadania przez oferowane urządzenie portów RJ 45 i HDMI, zaś zamawiający nie wskazał, w jaki sposób wymaganie to ma być spełnione. Nie zakreślono sztywnych ram, wskazujących, że sporna funkcjonalność może być wypełniona jedynie w wyniku posiadania gniazd (portów) odpowiedniego typu, bez możliwości stosowania adaptera pozwalającego na realizację tej funkcjonalności. Akcent postawionego wymagania wskazuje, że zamawiającemu chodziło nie tyle o posiadanie określonego port jako takiego, ale możliwości wykorzystywania urządzenia w taki sposób, który pozwoli realizować potrzeby, gdy taki port będzie potrzebny. Sposób realizacji funkcjonalności ma znaczenie drugorzędne, co potwierdza brak w SWZ wyraźnego zastrzeżenia wyłączającego zastosowanie adaptera (konwertera).

III.Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji z wykonawcą PWH WIP, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonych ofert.

Odwołujący zaznaczył, że w dniu wnoszenia odwołania nie posiada pełnej dokumentacji postępowania. Z uwagi jednak, iż w ocenie odwołującego, nie byłby możliwym wybór oferty w której nie określono oferowanego modelu w zakresie urządzenia nr 13 „Laptop do pracowni hodowli koni w ZSP Ormontowicach”, odwołujący domniemuje, iż na etapie badania i oceny ofert doszło do niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji z wykonawcą PWH WIP, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty.

Zarzut jest wynikiem ostrożności procesowej odwołującego, niedopuszczalnym jest wskazanie przez wykonawcę PWH WIP modelu oferowanego komputera po upływie terminu składania ofert.

IV.Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, tj. spełnienia wymagania w zakresie portów dla oferowanego laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego bez zastosowania żadnej procedury wyjaśnień. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności nie wskazał w oparciu o jakie informacje i skąd pochodzące dokonał oceny oferty. Niewątpliwie musiały być to dokumenty, które nie zostały złożone przez odwołującego w postępowaniu. W

takim przypadku, obowiązkiem zamawiającego było przeprowadzenie wyjaśnień, tak aby odwołujący miał szanse wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w odniesieniu do zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego, bowiem pomimo dyspozycyjności art. 223 ust. 1 p.z.p., zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki.

V.Zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p., poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy PWH WIP jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta wykonawcy PWH WIP powinna zostać odrzucona, zamawiający w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez zamawiającego i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę M. Sz.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wytwórczo Handlowe „WIP” M. Sz.-G. ul. Władysława Reymonta 23, 44-204 Rybnik (dalej zwaną „przystępującym”) zgłaszającą przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałooby 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 p.z.p.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu odwołujący dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego i wycofał zarzut nr 4 z *petitum* odwołania, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni 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, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie, w części, w której nie zostało wycofane, zostało oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia skład orzekający wskazuje co następuje.

Zgodnie z materiałem procesowym w pozycji 13 formularza ofertowego – laptop do pracownik hodowli koni w ZSP Ornontowicach, przystępujący wskazał, że oferuje „komputer typu laptop HP, notebook HP producent/model”, więc podano jedynie producenta urządzenia. Kwestią sporną było, czy w oparciu o brzmienie formularza ofertowego należało podać producenta i model (wtedy treść formularza przystępującego byłaby wadliwie wypełniona, poprzez brak dochowania formalnych wymagań dokumentacji postępowania podania danych dotyczących oferowanego sprzętu), czy sformułowanie formularza wymaga wskazania producenta albo modelu (wtedy oferta byłaby zgodna z warunkami zamówienia). O ile bowiem w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 SWZ wymagano podania podstawowych informacji dotyczących oferowanego sprzętu, to należało to uczynić w zakresie wskazanym w formularzu ofertowym, więc dokonanie wykładni formularza, który nakazywał wykonawcom podać „producenta/model” było kluczowa dla rozpoznania zarzutu.

Izba w tym zakresie podzieliła w całości argumentację zamawiającego i przystępującego uznając ją za własną, ponieważ nie ma podstaw, aby uznać, że użycie w formularzu ofertowym znaku „/” oznacza koniunkcję. W tabelach formularza ofertowego zamawiający wskazał „nazwa elementu komputera/parametru” i podano albo nazwę elementu komputera np. pamięć operacyjna albo nazwę parametru np. rozdzielczość. Ponadto trafnie zamawiający wskazał, że rozumienie znaku ukośnika jako „/” powodowałoby przykładowo konieczność zaoferowania komputera przenośnego i laptopa (pozycja 3 formularza), zatem nie ma logicznych podstaw, aby podzielić stanowisko odwołującego i usiłować wyklądać znak „/” inaczej, niż alternatywę. Wykonawca miał więc prawo do wskazania modelu albo producenta i trudno zgodzić się z argumentacją, że brak modelu powoduje, że zamawiający nie wie co kupuje, a tym samym nie ma możliwości przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert. Inną rzeczą jest, że odwołujący życzyłoby sobie poznać nazwę modeli konkurencji, żeby zastanowić się, czy postawić zarzuty niezgodności oferowanego sprzętu przez innego wykonawcę, a inną sposób oceny ofert przyjęty przez zamawiającego. Umknęło uwadze odwołującego, że w formularzu ofertowym szczegółowo wskazano na konkretne cechy techniczne, które winien posiadać oferowany sprzęt. Zamawiający podał wymagane funkcjonalności albo parametry i je opisał, zaś wykonawcy potwierdzali ich spełnienie wpisując w kolumnie „spełnia” słowo tak. Zamawiający zatem otrzymał potwierdzenie, że oferowane urządzenia spełniają jego wymagania poprzez oświadczenie (w kolumnie spełnia) co do każdego istotnego elementu, np. że urządzenie ma wymagany procesor o podanych parametrach. Sama nazwa modelu nic nie wnosi dla badania i oceny ofert, jeżeli przyjęto model, w którym sprawdza się posiadany parametr poprzez oświadczenie wykonawcy w kolumnie formularza „spełnia TAK/NIE”. Innymi słowy, zamawiający tak skonstruował badanie i ocenę ofert, że nie potrzebuje modelu urządzenia dla potwierdzenia spełnienia materialnej zgodności z jego wymaganiami, ponieważ zgodnie z SWZ sprawdza to na podstawie oświadczenia wykonawcy o spełnieniu danego parametru lub funkcjonalności.

Odwołujący zarzucił również, że w zakresie laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej + mysz (grafika rastrowa) do pracowni grafiki komputerowej i multimediów w ZST Mikołów (pozycja 3 formularza ofertowego) zamawiający wymagał, aby BIOS komputera zapewniał możliwość konfiguracji hasła użytkownika i administratora,

blokadę portów USB, blokadę uruchamiania komputera z wybranych napędów, fabrycznie wpisany nieusuwalny numer seryjny producenta. Przystępujący zaoferował komputer Lenovo Legion 5 17IMH05, który zdaniem odwołującego nie posiada wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności BIOSu blokady portów USB oraz blokady uruchamiania komputera z wybranych napędów, co zdaniem odwołującego wynika z powszechnie dostępnych na internecie materiałów producenta – symulatora BIOSu.

Izba wskazuje, że aby udowodnić powyższe okoliczności nie jest wystarczające przedstawienie zrzutów z ekranu z tego co odwołujący twierdzi, że jest wersją BIOSu wykorzystywaną przez komputery oferowane przez przystępującego. Dla wykazania omawianych faktów negatywnych konieczne byłoby podanie konkretnie jaką wersję BIOSu te komputery wykorzystują oraz wskazanie co najmniej dokumentacji technicznej i użytkowej, która prowadziłaby do wniosku, że nie ma żadnej możliwości, by uzyskać wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność. Tymczasem odwołujący poprzestał na wskazaniu na zrzuty z ekranu, które nie są wystarczające, aby w oparciu o nie dokonywać jakichkolwiek ocen – nawet gdyby przyjąć założenie, że w rzeczywistości zostały pozyskane poprzez analizę tej konkretnej wersji BIOSu, która jest użytkowana na komputerach zaoferowanych przez przystępującego. Jak również omawiane dowody w postaci zrzutów ekranu zostały złożone przez odwołującego w języku angielskim, co narusza art. 506 ust. 2 p.z.p., zatem zostały one przez skład orzekający pominięte. Wypada również zauważyć, że odwołujący przetłumaczył na język polski jedynie fragmenty zrzutów ekranu, co powoduje wadliwość formalną i brak możliwości oparcia na takim materiale ustaleń istotnych dla sprawy. Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski. Skoro więc przetłumaczono jedynie wybrane fragmenty dowodu, to w ocenie składu orzekającego powoduje to, że nie można uznać go za faktycznie przetłumaczony, trudno dokonać jakichkolwiek ustaleń na podstawie wycinkowego tłumaczenia, a dodatkowo budzi to wątpliwość co do jego wiarygodności.

Ponadto, skład orzekający podzielił stanowisko zamawiającego, iż w dokumentacji postępowania nie opisano szczegółowo w jaki sposób ma zostać zrealizowana blokada portów USB, a także blokada uruchamiania komputera z wybranych napędów. Pozostawiono to wymaganie jako określone hasłowo, bez doprecyzowania jak zamawiający je rozumie i w jaki sposób należy je zapewnić. Żaden z wykonawców nie zadał w tym zakresie pytania na etapie przed terminem na składanie ofert i obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany treści SWZ, a jej brzmienie wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, nie ma możliwości rozszerzenia czy dokonywania zmian tak sformułowanych wymogów. Mając na uwadze powyższe zarzut nr 1 z *petitum* odwołania został przez Izbę oddalony.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 218 ust. 2 p.z.p., poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako sprzecznej z treścią SWZ, Izba wskazuje co następuje.

Informacją z dnia 25 maja 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ w pozycji 3 formularza zaoferowano laptop DELL Precision 5750, zaś zgodnie z wymaganiami SWZ laptop miał posiadać porty: minimum 1 szt. x RJ45 i 1 szt. x HDMI. Natomiast laptop wskazany przez odwołującego w formularzu ofertowym nie posiada portu RJ45 i HDMI, wobec czego nie zaoferowano sprzętu spełniającego minimalne wymagania zamawiającego.

Nie było spornym, że komputer odwołującego nie posiada wbudowanego portu RJ45 i portu HDMI, odwołujący chciał zapewnić adapter umożliwiający użytkowanie tych portów, poprzez złącze USB-C. Odwołujący podnosił, że jest to zgodne z SWZ, w żaden sposób nie obniża poziomu użyteczności komputera, czy jego funkcjonalności, ponadto jest to element zestawu producenta. Izba nie podzieliła tej argumentacji.

Po pierwsze, zgodnie z formularzem ofertowym (kolumna: nazwa elementu komputera/parametru) porty miały być elementem komputera. Zaoferowanie adapterów, hubów, przejściówek, etc. powoduje, że nie zostanie spełnione wymaganie SWZ. Port jako element komputera to złącze w komputerze, do którego podłączane jest urządzenie, więc nie obok, poza komputerem, lecz w nim (zgodnie z Wielkim Słownikiem Języka Polskiego port w komputerze to złącze w komputerze, do którego podłączamy różne inne urządzenia).

Po drugie, istnieją elementy składowe komputera, które są immanentnie związane z pewnymi oferowanymi funkcjonalnościami i jest jasnym, że jeżeli zamawiający kupuje laptop, to wskazując na np. wymogi klawiatury (QWERTY z wydzieloną częścią numeryczną) ma na myśli elementy będące częściami składowymi jednostki jako całości. W związku z tym bazowo każdy profesjonalista powinien założyć, że jeżeli zamawiający wymaga jakiegoś elementu komputera to chodzi o jednolitą jednostkę, tj. obudowę. Założenia tego nie zmienia fakt, że w przypadku napędu optycznego zamawiający tę okoliczność dodatkowo podkreślił w wyniku otrzymanego pytania od wykonawcy, dlatego, że w przypadku napędu optycznego na rynku takie napędy nie są już rutynowo oferowane w komputerach przenośnych, co jest okolicznością notoryjną, jak również wynika z zadanego pytania. Wydawałoby się absurdalne wymaganie od zamawiającego, aby wskazywał na takie oczywistości jak to, że w laptopie ma być wbudowana klawiatura, procesor, czy właśnie zestaw portów, przez które laptop uzyskuje połączenie z innymi urządzeniami. Przeciwnie – to w sytuacji, gdyby zamawiający dopuszczał inne rozwiązania, tj. zewnętrzne przejściówki, huby, adaptory, itp., to musiałby bezpośrednio wskazać na tę okoliczność. Nie da się bowiem rozsądnie poczynić założenia, że takie obniżające praktyczną funkcjonalność komputera rozwiązania byłyby dopuszczalne. Natomiast odwołujący w miejsce zadania pytania zamawiającemu przed złożeniem oferty zdecydował się na działanie nielojalne, jakim była próba kwestionowania postawionych wymagań dokumentacji postępowania *post factum*. Działanie takie zostało uznane za niedopuszczalne przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, gdzie zwrócono uwagę, iż w mierniku starannego działania wymaganego od profesjonalisty jest upewnienie się, czy proponowane rozwiązanie będzie funkcjonalnie przydatne dla zamawiającego do użycia zgodnie z przeznaczeniem oraz czy spełni stawiane przez zamawiającego wymogi. Zarzut nr 2 z *petitum* odwołania został zatem przez Izbę oddalony.

W związku z powyższym skład orzekający oddalił także zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, tj. w zakresie spełnienia wymagania w zakresie portów dla oferowanego laptopa dedykowanego do grafiki komputerowej. Jeżeli z treści oferty wprost wynika, że zaoferowano urządzenie jest niezgodne z SWZ, to nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień. Treść oferty pozwalała na weryfikację, czy spełniono wymagania zamawiającego, więc dalsze wyjaśnianie co zaoferowano jest bezcelowe. Wykonawca musiałby zaoferować inne urządzenie, aby można było wybrać jego ofertę, co jest niedopuszczalne na kanwie p.z.p.

W konsekwencji nie potwierdził się także powiązany z wcześniej omówionymi zarzutami ostatni zarzut, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p., ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w sposób prawidłowy.

Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału procesowego dowody złożone przez odwołującego w postaci: podręcznika Lenovo Legion 15 15IMH05H, który okazał się nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, co opisano przy

uzasadnieniu oddalenia zarzutu nr 1, a także kartę katalogową komputera Dell Precision 5750, oświadczenie dystrybutora Dell i wyciąg ze strony internetowej Dell, tym niemniej dowody te potwierdzają okoliczność bezsporną, że port RJ45 i port HDMI zaferowano poprzez adapter, kiedy osi ą sporu było brzmienie wymagań zamawiającego. Natomiast nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności relewantnych dla sporu okazały się złożone przez przystępującego wydruki ze stron internetowych. Jak również, z powodu niewypełnienia wymogów art. 506 p.z.p., Izba pominęła dowody nieprzetłumaczone na język polski, czyli zrzuty złożone przez przystępującego i karty katalogowe HP 245G7 i HP 255G7 przedłożone przez odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Izba uwzględni ą odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypelniona hipoteza tej normy prawnej, zatem odwołanie zostało oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skła d orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 i 2 lit. a rozporządzenia 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. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika zamawiającego na rozprawę, w kwocie wynikającej z biletów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....