Sygn. akt: KIO 1723/21

WYROK
z dnia 8 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Bcoders S.A, ul. Owczarska nr 7, 01-351 Warszawa,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa,**
przy udziale wykonawcy **Computex sp. z o.o. sp.k., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego: Bcoders S.A., ul. Owczarska nr 7, 01-351 Warszawa, i:
2.1.zalicza 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. 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:……

Sygn. akt KIO 1723/21
UZASADNIENIE

Zamawiający – Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa, instalacja i konfiguracja mobilnych pracowni komputerowych MPK", numer referencyjny:ZZOSE.2111.1.2021.30.RST[KNMFiPR]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.03.2021 r., nr 2021/S 051-127762.

Pismem z dnia 28.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k. oraz o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy Bcoders S.A.

W dniu 07.06.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Bcoders S.A., ul. Owczarska nr 7, 01-351 Warszawa (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 i 17 oraz art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez brak podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego wynikałoby, z jakiego konkretnie powodu oferta odwołującego została odrzucona,
2)art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z pkt 2) lit. c) w zw. z art. 16 pkt 3 i art. 17 ust. 1, art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo tego, że złożył w przewidzianym terminie oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowy środek dowodowy i inne niezbędne dokumenty i oświadczenia oraz poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego prawdopodobnie z powodu błędnego uznania przez zamawiającego, że nie doszło do przetłumaczenia przez odwołującego treści dokumentu przedmiotowego pn. „6. TEST Bapco Sysmark 2018 - Latitude 3510", mimo tego, że treść wynikająca z tego dokumentu przedmiotowego została przetłumaczona i wyjaśniona przez odwołującego w ramach złożonej oferty,
3)z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów: art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 3 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania odwołującego do złożenia tłumaczenia dokumentu przedmiotowego pn. „6a. TEST Bapco Sysmark 2018 - Latitude 3510 - wydruk", mimo tego, że sam dokument tłumaczenia stanowi „inny dokument składany w postępowaniu" w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„W dniu 28 maja 2021 roku Zamawiający upublicznił informację o wyniku postępowania. W ramach tej informacji Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Z treści przywołanego dokumentu wynika tylko i wyłącznie, że Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z pkt 2) lit. c) ustawy. Zamawiający poprzestał na przywołaniu treści przedmiotowych przepisów. (…)

Jak wynika z powyższego stanu faktycznego Zamawiający de facto nie wskazał skonkretyzowanych okoliczności uzasadniających w ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego. Co więcej Zamawiający nie dokonał również w ramach uzasadnienia ustalania stanu faktycznego oraz jego subsumpcji do przepisów Prawa zamówień publicznych. Warto zwrócić uwagę, że również powołana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty nie wskazuje konkretnie z jakiego powodu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Otóż Zamawiający powołał się w tym zakresie na art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z pkt 2) lit. c) uPzp. Oznacza to, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego mogło być m.in.:

1)nie złożenie w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 uPzp, lub
2)nie złożenie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3)nie złożenie przedmiotowego środka dowodowego,
4)nie złożenie innych dokumentów lub oświadczeń;
5)niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią warunków zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. (…)

Jednocześnie należy poczynić uwagę, iż podniesienie przez Odwołującego dalszych zarzutów w ramach niniejszego odwołania nie stanowi okoliczności konwalidującej istotne uchybienia Zamawiającego w zakresie treści informacji o wynikach postępowania. Bowiem Odwołujący w tym wypadku bazuje tylko i wyłącznie na własnych domniemaniach nie mając pewności, czy podniesione przez niego zarzuty odnoszą się do istniejącego w świadomości Zamawiającego powodu odrzucenia oferty Odwołującego. (…)

Zgodnie z rozdziałem III ust 2 5WZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SWZ. Załącznik nr 1 posiadał również załącznik A, zawierający opis techniczny oferowanych urządzeń. W pozycji L.4 (wydajność urządzenia) załącznika A, Zamawiający wprowadził następujący opis wymagań:

Zamawiający wymaga, aby zaoferowane urządzenie uzyskiwało w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik

nie mniejszy niż 900 punktów. Wymagany test wydajnościowy musi być przeprowadzony na automatycznych ustawieniach konfiguratora dołączonego przez firmę BAPCO i przy natywnej rozdzielczości wyświetlacza oraz włączonych wszystkich urządzeniach. Nie dopuszcza się stosowania overclokingu, ingerowania w ustawieniach BIOS (tzn. wyłączania urządzeń stanowiących pełną konfigurację) jak również w samym środowisku systemu (tzn. zmniejszania rozdzielczości; jasności i kontrastu itp.). Wykonawca zobowiązany jest złożyć protokół z przeprowadzonych testów potwierdzający, że zaoferowany komputer przenośny typu laptop uzyskał w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik nie mniejszy niż 900 punktów. Protokół z przeprowadzonych testów powinien mieć formę wydruku komputerowego poświadczonego przez Wykonawcę, że został on utworzony za pomocą oprogramowania licencjonowanego przez BAPCo; a jego treść nie została w żaden sposób zmieniona. (…)

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony załącznik A do załącznika nr 1 (opis techniczny oferowanych urządzeń). W ramach przedmiotowego dokumentu stanowiącego treść oferty Odwołujący zaoferował urządzenie DELL Latitude 351 wraz z oprogramowaniem Microsoft Windows 10 Pro Education (64-bitowy) PL oraz BCODERS WPN (wersja v12.1.2. polska wersja językowa).

(…)

W związku z powyższym wraz z ofertą Odwołujący załączył dokument pn. „6. TEST Bapco Sysmark 2018- Latitude 3510" oraz dokument pn. „6a.TEST Bapco Sysmark 2018- Latitude 3510-wydruk" (dalej jako: „Protokół"). Z obu przedmiotowych dokumentów wynika, że „Overall Rating" wynosi 1082. Dodatkowo Odwołujący złożył w ramach odrębnego dokumentu oświadczenie z dnia 13 kwietnia 2021 roku, z którego wynikało m.in., że wynik wymaganego przez Zamawiającego testu na wydajność znajduje się w wyżej przywołanym Protokole.

Przedłożony przez Odwołującego Protokół stanowi tylko i wyłącznie zobrazowanie wyników wykonanych testów na wydajność urządzenia. Przy czym wynik prezentowany jest w postaci stosownych grafik oraz wykresów, a przede wszystkim przyjmuje postać cyfrową. Treść Protokołu należy poddawać wykładni celowościowej tj. czemu ma on służyć w ramach przedmiotowego postępowania. Otóż jak wynika ze postawionych przez Zamawiającego wymogów treść Protokołu ma potwierdzić, że oferowane urządzenia uzyskały w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik przekraczający 900 punktów. Przy czym należy szczególną uwagę zwrócić na fakt, że sam Zamawiający posługuje się w SWZ sformułowaniem „overall", co w niniejszym kontekście odnosi się do „ogólnego wyniku" wyżej przywołanego testu BAPCo® SYSmark® 2018.

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu Protokół, z którego jednoznacznie (bez konieczności tłumaczenia) wynika, ż wskazany przez Zamawiającego „overall" wynik wynosi 1028. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że przedstawiony ramach Protokołu wynik 1028 stanowi rezultat testu BAPCo® SYSmark® 2018. Jednocześnie należy wziąć pod uwag że Odwołujący w ramach złożonej oferty, w szczególności w pozycji L.4 (wydajność urządzenia) załącznika A oraz ramach oświadczenia z dnia 13 kwietnia 2021 roku dokonał de facto tłumaczenia najistotniejszych i polegających badaniu ocenie fragmentów treści Protokołu,

w tym w szczególności tłumacząc fragment dotyczący wyniku przedmiotowego testu oraz wskazując, że protokół został utworzony za pomocą oprogramowania BAPCo® SYSmark® 2018 licencjonowanego przez BAPCo. Jednocześnie w pozostałych nieprzetłumaczonej przez Odwołującego części Protokołu, która to część nie odnosi się do istoty celu złożenia Protokołu, należy zwrócić uwagę, że mamy do czynienia z angielskojęzycznymi nazwami własnymi (np. Dell Inc., Intel® Core ™ i310110U, Intel® HD Graphics 630) lub używaną w Polsce techniczną nomenklaturą informatyczną bazującą na sformułowaniach pochodzących z języka angielskiego (np. CPU, GPU, benchmark). Tym samym nieprzetłumaczoną przez Odwołującego część Protokołu stanowią informacje, które nie podlegają tłumaczeniu, w tym m.in. nazwy własne oferowanych podzespołów, co wynika z art. 11 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim, jak również informacje, takie jak nazwy rodzajowe podzespołów, które są powszechnie znane dla osób posiadających wiedzę z zakresu informatyki, w tym dla osób, które dokonują w imieniu Zamawiającego oceny ofert w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Przy czym niezbędny zakres tłumaczenia dokumentu składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy oceniać indywidualnie. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający najprawdopodobniej zakwestionował jedynie formę złożenia dokumentu potwierdzającego osiąganie wyniku testu BAPCo, która to okoliczność powinna pozostawać wtórna wobec stwierdzenia, że Odwołujący potwierdził w złożonym dokumencie osiągnięcie przez oferowane komputery wyniku testu BAPCo na poziomie znacznie powyżej określonego w specyfikacji warunków zamówienia poziomu. (…)

Co prawda zasada proporcjonalności jest najczęściej akcentowana w kontekście ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, jednakże jej stosowanie nie powinno być w ten sposób zawężane. Również w odniesieniu do naruszeń należy stosować zasadę proporcjonalności, która najczęściej przejawia się w orzecznictwie wskazówką, że formalizm nie może zdominować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (…) W wypadku Protokołu oraz przetłumaczonej przez Odwołującego jego najistotniejszej części należy wskazać, że cel wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych został osiągnięty, bowiem Zamawiający, ani inni uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie są w stanie zaprzeczyć, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie uzyskało w teście BAPCo® SYSmark® 2018 1028 punktów. Tym samym Protokół i treść wszystkich złożonych przez Odwołującego dokumentów potwierdzają zgodność oferowanego przedmiotu dostawy z treścią warunków zamówienia. Wobec tego nie istnieją obiektywnie uzasadnione podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. (…)

Dodatkowo należy podnieść, że w zakresie sposobu tłumaczenia Protokołu zastosowanego przez Odwołującego powinien mieć zastosowanie art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego (w zw. z art. 8 ust 1 uPzp), zgodnie z który o świadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (…) W tym wypadku z całokształtu okoliczności, w szczególności ze złożonych przez Odwołującego dokumentów wynika jednoznacznie potwierdzenie spełnienia stawianych przez Zamawiającego wymogów, co do oferowanego przedmiotu dostawy, w szczególności w zakresie wydajności urządzeń. (…)

Na wypadek nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą 2 wyżej opisanych zarzutów, Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności procesowej w stosunku do czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego podnosi zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 uPzp w zw. z art. 16 pkt. 3 i art. 17 ust. 1 uPzp. Odwołujący dopatruje się naruszenia przedmiotowych przepisów przez Zamawiającego w braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia tłumaczenia Protokołu (jeżeli Zamawiający błędnie uznał, że tłumaczenie przedstawione przez Odwołującego jest niewystarczające). (…)

Przy czym powyższy obowiązek wezwania m.in. do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, nie odnosi się tylko i wyłącznie do podmiotowych środków dowodowych, ale także innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. (…) W tym zakresie należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż tłumaczenie dokumentu ma charakter wtórny w stosunku do dokumentu, który jest tłumaczony. Tym samym tłumaczenie danego aktu będzie miało odrębny charakter prawny od treści dokumentu obcojęzycznego. To dokument podlegający tłumaczeniu stanowi potwierdzenie warunków zamówienia, w tym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, czy potwierdzenie spełnienia przez przedmiot oferty wymogów zamawiającego lub wykazanie umocowania. Natomiast tłumaczenie ma na celu tylko i wyłącznie odkodowanie treści tego dokumentu, stanowiąc instrument, który pozwala Zamawiającemu na

zweryfikowanie spełnienia przez wykonawcę postawionych przez niego wymogów. (…)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)ponownego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia wyżej wskazanego zarzutu nr 3 - wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu przedmiotowego pn. „6a. TEST Bapco Sysmark 2018 - Latitude 3510 - wydruk".

Pismami z dnia 10 i 11 czerwca 2021 r. wykonawcy:

1)Computex sp. z o.o. sp.k., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa (dalej: „przystępujący"),

2)konsorcjum „Koncept" sp. z o. o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa oraz Koncept Serwis sp. zo.o., ul. Racławicka 58, 30-017 Kraków,

zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k. zostało dokonane skutecznie.

Izba uwzględniła natomiast opozycję zgłoszoną przez odwołującego przeciwko przystąpieniu konsorcjum „Koncept" sp. z o. o. oraz Koncept Serwis sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Należy zauważyć, że w świetle jedynego kryterium oceny ofert (cena) na pierwszym miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Bcoders S.A., która została odrzucona, na drugim miejscu znalazła się oferta wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k., którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, zaś na trzecim miejscu - oferta konsorcjum „Koncept" sp. z o. o. oraz Koncept Serwis sp. z o.o. Ww. konsorcjum zakwestionowało w drodze odwołania (sygn. akt KIO 1717/21) wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k., niemniej jednak następnie cofnęło to odwołanie. Oznacza to, że w istocie konsorcjum „Koncept" sp. z o. o. oraz Koncept Serwis sp. z o.o. zaakceptowało wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k. W tej sytuacji Izba podzieliła argumentację odwołującego, zgodnie z którą konsorcjum to nie ma już interesu w przystąpieniu po stronie zamawiającego do niniejszego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1723/21), którego przedmiotem jest rozpoznanie odwołania wykonawcy Bcoders S.A. kwestionującego odrzucenie jego oferty. Izba uwzględniła zatem opozycję zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 07.07.2021 r. odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa nowych Urządzeń i Oprogramowania zgodniez opisem przedmiotu zamówienia, instalacji oraz uruchomienie pod postacią zestawów MPK (szafka + 16 laptopów wraz z oprogramowaniem)do 100 szkół rozlokowanych na terenie całego kraju.

W pkt XI.2. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz") zamawiający wskazał:

Ofertę należy sporządzić w języku polskim. Wymagane zgodnie z SWZ dokumenty oraz oświadczenia lub dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. W razie wątpliwości uznaje się, że wersja polskojęzyczna jest wersją wiążącą.

W pkt XI.6. swz, w ppkt 7 zamawiający wskazał, że oferta składa się z:

7) Przedmiotowych środków dowodowych:

a) Protokół z przeprowadzonego testu Wydajność Urządzenia (oferowany laptop).

W załączniku A do załącznika nr 1 do swz, tj. w opisie technicznym oferowanych urządzeń, w tabeli w wierszu L.4. zamawiający zawarł następujący wymóg:

Zamawiający wymaga, aby zaoferowane urządzenie uzyskiwało w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik nie mniejszy niż 900 punktów. Wymagany test wydajnościowy musi być przeprowadzony na automatycznych ustawieniach konfiguratora dołączonego przez firmę BAPCO i przy natywnej rozdzielczości wyświetlacza oraz włączonych wszystkich urządzeniach. Nie dopuszcza się stosowania overclokingu, ingerowania w ustawieniach BIOS (tzn. wyłączania urządzeń stanowiących pełną konfigurację) jak również w samym środowisku systemu (tzn. zmniejszania rozdzielczości, jasności i kontrastu itp.). Wykonawca zobowiązany jest złożyć protokół z przeprowadzonych testów potwierdzający, że zaoferowany komputer przenośny typu laptop uzyskał w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik nie mniejszy niż 900 punktów. Protokół z przeprowadzonych testów powinien mieć formę wydruku komputerowego poświadczonego przez Wykonawcę, że został on utworzony za pomocą oprogramowania licencjonowanego przez BAPCo, a jego treść nie została w żaden sposób zmieniona.

Odwołujący dołączył do oferty m.in. opis techniczny oferowanych urządzeń, w którym w tabeli w wierszu L.4. wpisał:

„Rzeczywista wydajność potwierdzona protokołem z przeprowadzonego testu: 1082. Wymagany test wydajnościowy został przeprowadzony na automatycznych ustawieniach konfiguratora dołączonego przez firmę BAPCO i przy natywnej rozdzielczości wyświetlacza oraz włączonych wszystkich urządzeniach. Bez stosowania overclokingu, ingerowania w ustawieniach BIOS (tzn. wyłączania urządzeń stanowiących pełną konfigurację) jak również w samym środowisku systemu (tzn. zmniejszania rozdzielczości, jasności i kontrastu itp.). Wykonawca składa protokół z przeprowadzonych testów potwierdzający, że zaoferowany komputer przenośny typu laptop uzyskał w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik przekraczający 900 punktów. Protokół z przeprowadzonych testów ma formę wydruku komputerowego a dołączone oświadczenie przez Wykonawcę, poświadcza że został on utworzony za pomocą oprogramowania licencjonowanego przez BAPCo, a jego treść nie została w żaden sposób zmieniona".

Odwołujący dołączył także wydruk testu wydajnościowego w języku angielskim.

Dwoma pismami z dnia 28.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Computex sp. z o.o. sp.k. oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego Bcoders S.A., przy czym w jednym piśmie zamawiający podał wyłącznie podstawę prawną odrzucenia oferty, natomiast w drugim piśmie kierowanym indywidualnie do każdego z wykonawców, podał także uzasadnienie faktyczne.

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

„(…) Na etapie badania i oceny oferty Zamawiający stwierdził, że Wykonawca złożył protokół z przeprowadzonego testu Wydajność Urządzenia (oferowany laptop) w języku angielskim. Protokół ten zgodnie z treścią SWZ należało przedłożyć wraz z tłumaczeniem i wraz z ofertą. Nie wprowadzono w SWZ możliwości przedkładania dokumentów w językach obcych z art. 20 ust. 3 ustawy Pzp. Obowiązuje zatem zasada z art. 20 ust. 2 ustawy Pzp – postępowanie prowadzone w języku polskim. Ponadto, zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452). – „Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy." Pomimo, iż NASK posługuje się w dokumentacji zamówienia pojęciem angielskim (overall) to przedłożony przez Wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy i tak nie został przetłumaczony, co prawnie uniemożliwia przyjęcia przedłożonego protokołu z testu. (…) W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wprowadził do SWZ uprawnienia z art. 107ust. 2 ustawy Pzp do uzupełniania

przedmiotowych środków dowodowych. Brak przewidzenia takiej możliwości skutkuje tym, że nie ma możliwości uzupełniania takich dokumentów. Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy BCODERS Spółka Akcyjna podlega odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z pkt 2) lit. c)".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z at. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452):

Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, należy zauważyć, że uzasadnienia takiego rzeczywiście nie było w piśmie z dnia 28.05.2021 r. zamieszczonym na platformie zakupowej zamawiającego jako informacja ogólna skierowana do wszystkich. Zamawiający wysłał jednak dodatkowo w tym samym dniu do każdego z wykonawców indywidualnie pismo, w którym uzasadnienie faktyczne odrzucenia m.in. oferty odwołującego zostało podane. Pismo to znajduje się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na płycie CD wraz z potwierdzeniem wysłania do wykonawców (w pliku o nazwie: „pytania_do_postępowania_AU 000-212"). Treść potwierdzenia brzmi:

„Autor: R. S., Data przesłania: 2021-05-28 20:26:01

Pytanie/Informacje skierowane do: Koncept Sp. z o.o., SUNTAR SP. Z O.O., COMPUTEX SP. Z O.O. SP. K., Virtual Technologies IT, BCODERS S.A., MBA, PRZP SYSTEMY INFORMACYJNE SP. Z O.O.

Temat: INFORMACJA O WYNIKU POSTĘPOWANIA

Treść: Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.), dalej zwana „ustawa Pzp", informuje o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Załączniki:

- info o wyniku wykonawca.pdf."

Jak wynika z powyższego, wysyłając pismo do każdego z wykonawców indywidualnie zamawiający wyraźnie wskazał temat pisma, doprecyzował ten temat wskazując podstawę prawną i powtarzając, że informuje w ten sposób „o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu", jak też dodał załącznik w postaci tegoż pisma. Przede wszystkim jednak należy zauważyć, że firma odwołującego znajduje się wśród firm innych wykonawców, którym przekazano ww. pismo, co oznacza, że zamawiający wysłał ww. pismo również odwołującemu.

Izba nie pominęła przy tym, mimo wniosku odwołującego, dowodów przedstawionych przez zamawiającego i przystępującego w postaci okazania na ich własnych laptopach podglądu do platformy zakupowej na potwierdzenie, że ww. pismo zostało wysłane wszystkim wykonawcom, w tym odwołującemu. Po pierwsze, nie ma powodu, by uznać, że okazanie to jest niedopuszczalne, a po drugie, potwierdza ono sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym fakt wysłania ww. pisma wszystkim wykonawcom, zgodnie zresztą z treścią dokumentacji przekazanej Izbie przez zamawiającego w myśl § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Reasumując, Izba ustaliła, że odwołujący otrzymał drugie pismo z dnia 28.05.2021 r. (choć być może pełnomocnicy reprezentujący odwołującego na rozprawie go nie odczytali) oraz że pismo to zawierało uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego. Z uzasadnienia tego jednoznacznie wynika, że powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie protokołu z przeprowadzonego testu wydajnościowego wyłącznie w języku angielskim. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii tłumaczenia protokołu z testu wydajnościowego złożonego przez odwołującego wraz z ofertą, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że odwołujący miał obowiązek przedłożenia testu wydajnościowego wraz z tłumaczeniem. Wynika to po pierwsze, z pkt XI.2. swz, który dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów wymaganych w swz i sporządzonych w języku obcym. Po drugie, wynika to też z wyżej cytowanego § 5 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, w którym wprost wymieniono przedmiotowe środki dowodowe, a także „inne dokumenty lub oświadczenia", na które powołuje się odwołujący.

Nie ma przy tym znaczenia to, czy zamawiający dysponuje kadrą znającą techniczny język angielski, gdyż znajomość taka nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia dokumentu wymaganego w swz i w przepisach ww. rozporządzenia.

Odwołujący powoływał się również na art. 11 ustawy o języku polskim (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 672 ze zm.), który przewiduje wyjątki od zasady używania języka polskiego. Należy jednak zauważyć, że złożony przez odwołującego protokół z testu wydajnościowego nie zawiera wyłącznie liczb, wykresów, nazw własnych oraz zwyczajowo używanej terminologii technicznej, ale zawiera także słowa / sformułowania, które mają odpowiedniki w używanym polskim słownictwie.

Obowiązku tłumaczenia ww. dokumentu nie zapewnia także oświadczenie złożone przez odwołującego w opisie technicznym oferowanych urządzeń, dołączonym do oferty. Oświadczenie to bowiem nie stanowi tłumaczenia protokołu z testu, a jedynie stwierdzenie, że wydajność wynosi 1082 pkt oraz że spełnione zostały inne wymogi określone przez zamawiającego w wierszu L.4. załącznika A do załącznika nr 1 do swz.

Należy przy tym zauważyć, że protokół z testu wydajnościowego stanowić miał przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik nie mniejszy niż 900 punktów. W świetle § 5 ww. rozporządzenia, środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem art. 20 ust. 3 ustawy Pzp), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozerwalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę tłumaczenia środka dowodowego. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego i jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu należy zatem ponownie podkreślić, że z pkt XI.6. ppkt 7.a) swz jednoznacznie wynika, że protokół z testu wydajnościowego stanowił przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym nie może mieć do niego i do jego tłumaczenia zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż kwestia uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych została uregulowana w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika (z zastrzeżeniem ust. 3), że wykonawca może złożyć lub uzupełnić przedmiotowy środek dowodowy wtedy, gdy łącznie spełnione są następującego przesłanki:

- wykonawca w ogóle nie złożył przedmiotowego środka dowodowego lub złożył środek niekompletny,
- zamawiający przewidział możliwość złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi druga z ww. przesłanek, gdyż zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym złożenie w tym trybie tłumaczenia protokołu z testu wydajnościowego, który w ogóle nie został złożony przez odwołującego, jest niedopuszczalne.

Izba nie znalazła także podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 65 § 1 kc, gdyż istotą problemu zaistniałego w niniejszej sprawie nie jest kwestia tłumaczenia jakiegokolwiek oświadczenia woli odwołującego, ale to, że nie złożył on wymaganego dokumentu, tj. tłumaczenia na język polski protokołu testu wydajnościowego, bez którego zamawiający nie może dokonać oceny spełnienia wymogu określonego w załączniku A do załącznika nr 1 do swz.

Należy przy tym zgodzić się z odwołującym, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien mieć charakteru nadrzędnego. Konieczne jest jednak ustalenie, co stanowi formalizm. W przedmiotowej sprawie istotą sporu jest kwestia złożenia tłumaczenia na język polski przedmiotowego środka dowodowego służącego do potwierdzenia spełnienia jednego z wymogów dotyczących oferowanego sprzętu, przy czym tłumaczenie to (niezależnie od przepisów ww. rozporządzenia) wprost było wymagane przez zamawiającego w swz od wszystkich wykonawców. Tym samym uznanie, że odwołujący nie musi go składać, stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 5) oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci dokumentów dotyczących postępowania prowadzonego przez tego samego zamawiającego w 2020 r. Dowody te dotyczą innego postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej (do 31.12.2020 r.) ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto fakt, że dany zamawiający w jakimś postępowaniu dokonuje bądź nie dokonuje określonych czynności, nie przesądza automatycznie o ich prawidłowości. Tym samym dowody te nie stanowią potwierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu i brak wezwania do uzupełnienia tłumaczenia testu wydajnościowego, stanowią naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....