Sygn. akt: KIO 3080/21

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2021 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021r. przez odwołującego: Apex.IT Sp. z o.o. ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa

w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2 D, 02-517 Warszawa

przy udziale przystępującego: Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa, po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny oferty odwołującego w kategorii „Dodatkowe Funkcjonalności" na podstawie Załącznika nr 2 do SWZ - Parametry oferowanego sprzętu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2 D, 02-517 Warszawa

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Apex.IT Sp. z o.o. ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2 D, 02-517 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego Apex.IT Sp. z o.o. ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) 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

Odwołanie z dnia 18 października 2021r.

Odwołujący na podstawie art. 513 pkt. 1) oraz art. 515 ust.1 pkt 1) lit a) Ustawy z dnia 11 września 2020 r. Prawo zamówień publicznych, („Ustawa") wniósł odwołanie od:

1/ czynności odmowy przyznania ofercie odwołującego w kryterium dodatkowe funkcjonalności jakiejkolwiek liczby, o czym zamawiający poinformował odwołującego w dniu 7 października 2021 roku,

2/ czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o./przystępujący po stronie zamawiającego/przystępujący jako oferty najkorzystniejszej, o czym zamawiający poinformował odwołującego w dniu 7 października 2021 roku.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust.1 i 2 w kontekście art. 17 ust.1 pkt 1) i 2) Ustawy przez niezastosowanie powołanego przepisu.

Wniosek odwołania co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1/ uchylenia czynności wyboru oferty Integrated Solutions Sp. z o.o.;

2/ dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem obowiązku przyznania ofercie

odwołującego 16 punktów w kategorii Dodatkowe Funkcjonalności - po 4 pkt za funkcjonalności wymienione w poz. 7.8.10 i 11 tabeli zamieszczonej w pkt 14.3.2. ppkt 3 SWZ.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje mu status wykonawcy. W opinii odwołującego nieprzyznanie jego ofercie 16 punktów w kryteriach oceny ofert pod nazwą „Dodatkowe Funkcjonalności" nastąpiło z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż zaoferowane przez odwołującego urządzenia zapewniały 4 z 12 dodatkowych funkcjonalności, co zapewniało odwołującemu dodatkowe 16 punktów wobec 60 punktów przyznanych ofercie odwołującemu w pozostałych kryteriach oceny ofert, czyli łącznie 76 punktów. Pozostali wykonawcy uzyskali 71,01 pkt i 71,84 pkt. Tymczasem przyznanie ofercie Odwołującego 76 punktów zapewniłoby ofercie odwołującego status oferty najkorzystniejszej, determinujący wybór oferty odwołującego przez zamawiającego.

Zgodnie z czynnością zamawiającego z dnia 7 października 2021 wraz z informacją o wyborze oferty, w zakładce pliku „Kryterium- dodatkowa funkcjonalność zamawiający zamieścił informację o treści: „Wykonawca nie dołączył do oferty Załącznika nr 1a do SWZ"

oraz nie przyznał odwołującemu jakichkolwiek punktów w powyższych kryterium.

Jak odwołujący przyznał rzeczywiście nie dołączył do oferty formularza sporządzonego zgodnie z Załącznikiem nr 1a do SIWZ Parametry sprzętu Dodatkowe Funkcjonalności

zaoferowanego sprzętu - ponad wymagania podstawowe- ocena punktowa („Formularz

DF").

Niemniej do oferty odwołujący załączył formularz sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ „Parametry oferowanego sprzętu przez Wykonawcę - przedmiotowy środek dowodowy" („Formularz Podstawowy").

Zamawiający w przypadku wymagań dla punktowanych Dodatkowych Funkcjonalności odnoszących się do przełączników (poz. 7-12) Formularza DF skonstruował ich relacje do wymagań przedmiotowych zawartych w Formularzu Podstawowym, w taki sposób, iż każde wymaganie punktowane było identyczne co do parametru z odpowiednim wymaganiem przedmiotowym, a różnica polegała na ustaleniu dla wymagania punktowanego wyższej wartości dla takiego parametru w stosunku do parametru podstawowego.

W zakresie przedmiotowym poz. 7, 8, 10, i 11 Formularza DF (odpowiada on tabeli punktów w pkt 14.3.2. ppkt 3 SWZ) odpowiednie wymagania Formularza Podstawowego wyglądały jak niżej.

1) Wymaganie poz. 7 tabeli 1.1.1. Formularza Podstawowego (str. 57 oferty)

Minimum 4GB wewnętrznej (wbudowanej w przełącznik, nie dopuszcza się pamięci dołączonych na zewnętrznych nośnikach typu podłączenie do portu USB) pamięci nieulotnej typu Flash (CF, SSD, SD, eUSB, SPI Flash).

Wymaganie poz. 7 Formularza DF:

Minimum 30GB wewnętrznej (wbudowanej w przełącznik, nie dopuszcza się pamięci dołączonych na zewnętrznych nośnikach typu podłączenie do portu USB) pamięci nieulotnej typu Flash (CF, SSD, SD, eUSB, SPI Flash).

Zaoferowana przez Odwołującego wartość poz. 7 tabeli 1.1.1. Formularza Podstawowego (str. 57 oferty):

32 GB wewnętrznej (wbudowanej w przełącznik).

2) Wymaganie poz. 52 tabeli 1.1.1. Formularza Podstawowego (str. 62 oferty)

Wszystkie dostępne na przełączniku funkcje (jeżeli występują licencje czasowe i subskrypcje) muszą działać przez okres minimum 3 lat od momentu odbioru sprzętu.
Wymaganie poz. 8 Formularza DF:

Wszystkie dostępne na przełączniku funkcje dostępne przez cały okres jego użytkowania (permanentne), brak licencji czasowych i subskrypcji.

Zaoferowana przez Odwołującego wartość poz. 52 tabeli 1.1.1. Formularza Podstawowego (str. 52 oferty):

Nie dotyczy - Co wynika z faktu, iż Odwołujący zaoferował licencje permanentne.

3) Wymaganie poz. 5 tabeli 1.1.2. Formularza Podstawowego (str. 64 oferty)

Wydajność: minimum 3,6 Tbps (prędkość przełączania „wirespeed" dla każdego portu przełącznika)

Wymaganie poz. 10 Formularza DF:

Wydajność: minimum 4 Tbps (prędkość przełączania „wirespeed" dla każdego portu przełącznika) Zaoferowana przez Odwołującego wartość poz. 5 tabeli 1.1.2. Formularza

Podstawowego (str. 64 oferty):

Wydajność: minimum 6,4 Tbps (prędkość przełączania „wirespeed" dla każdego portu przełącznika

4) Wymaganie poz. 1 tabeli 1.1.2. Formularza Podstawowego (str 63 oferty)

(...)

Minimum 6 portów 40/100GbE QSFP28 umieszczonych z przodu obudowy. Porty muszą wspierać co najmniej standardy: 100GBase-SR4, 100GBase-LR4, 40GBase-SR4, 40GBase-LR4, kable DAC i AOC

Wymaganie poz. 11 Formularza DF:

Minimum 8 portów 40/100GbE QSFP28 umieszczonych z przodu obudowy. Wszystkie porty muszą być od siebie niezależne, nie dopuszcza się portów typu Combo
Zaoferowana przez Odwołującego wartość poz. 1 tabeli 1.1.2. Formularza Podstawowego (str. 63 oferty):

8 portów 40/100GbE QSFP28 umieszczonych z przodu obudowy. Porty wspierają standardy: 100GBase-SR4, 100GBase-LR4, 40GBase-SR4, 40GBase-LR4, kable DAC i AOC.

Zamawiający w trakcie oceny oferty zapoznał się z zaoferowanymi przez Odwołującego parametrami urządzeń w zakresie wymagań przedmiotowych ujawnionych w Formularzu Podstawowym. Skoro Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego należy przyjąć, iż Zamawiający dokonał analizy zaoferowanych parametrów i doszedł do przekonania, iż zaoferowane parametry odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Jednak dokonując takiej analizy Zamawiający z natury rzeczy musiał zapoznać się z Formularzem Podstawowym, w tym z parametrami zaoferowanymi przez Odwołującego w poz. 7 i 52 tabeli 1.1.1. oraz poz. 1 i 5 tabeli 1.1.2. Mając wiedzę o wartościach zaoferowanych parametrów Zamawiający winien był przyznać Odwołującemu po 4 punkty za spełnienie wymagań punktowanych z poz. 7, 8, 10 i 11 Formularza WD. Niedołączenie przez Odwołującego do oferty Formularza WD nie stało na przeszkodzie przydzieleniu przez Zamawiającego punktów za wymagania punktowane jeżeli Zamawiającemu były one znane w chwili oceny oferty w zakresie wartości punktowanych wymagań. Nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktów tylko z tego powodu, iż Odwołujący nie dokonał wyodrębnienia informacji o spełnieniu punktowanych parametrów w odrębnym Formularzu WD stanowiło przejaw nadmiernego rygoryzmu przez Zamawiającego w zakresie sankcjonowania błędu Odwołującego. Błąd ten miał charakter edycyjny (formalny) tzn. polegał na wadliwym zaprezentowaniu treści oferty, z pominięciem Formularza WD, jednak Zamawiający był obowiązany przyznać Odwołującemu punkty za te funkcjonalności co do których Odwołujący wykazał spełnienie premiowanych funkcjonalności w innym dokumencie oferty tj. Formularzu Podstawowym.

Odwołujący podkreśla przy tym, iż informacje na temat wartości powyższych czterech zaoferowanych punktowanych parametrów były Zamawiającemu znane, nie zachodziła konieczność podjęcia przez Zamawiającego wysiłków w celu ustalenia ich wartości.

Powyższe stanowisko odwołujący opiera na poglądach Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych odnoszących się do wad edycyjnych ofert.

KIO 113/15

„Należało w pełni podzielić argumenty Odwołującego, iż powyższe uchybienie miało charakter jedynie formalny, nie dotyczyło merytorycznej części oferty i nie odnosiło się do przedmiotu zamówienia, ani sposobu jego wykonania. Brak drugiej strony formularza oferty nie mógł mieć także znaczenia w kontekście wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Odwołujący w złożonym formularzu oferty zawarł wszystkie istotne informacje odnoszące się do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, w tym podał oferowaną cenę, okres gwarancji, jak również informacje dotyczące podwykonawstwa. Odwołujący dołączył jednocześnie wymagane specyfikacja dokumenty, na podstawie których Zamawiający mógł ocenić merytoryczna zgodność treści oferty z treścią SIWZ, jak również złożył wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym oświadczenia sporządzone wg wzorów przygotowanych przez Zamawiającego. Brak drugiej strony formularza ofertowego, zawierającej informacje o charakterze formalnym i porządkowym, nie skutkował brakiem możliwości oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, zwłaszcza, że informacje wymagane na drugiej stronie formularza ofertowego wynikały z

treści złożonych dokumentów i oświadczeń i mogły zostać przyjęte oraz ocenione przez

Zamawiającego, gdyby Zamawiający dokonał całościowej analizy złożonych dokumentów, a nie skupił się jedynie na fakcie braku drugiej strony formularza ofertowego.

Zamawiający dysponował zarówno takimi dokumentami jak kosztorys, jak również złożonymi przez Odwołującego oświadczeniami i wykazami (druga strona formularza oferty stanowiła o wymienieniu tych dokumentów, jako załączników - skoro wiec zostały one złożone wraz z oferta to sama okoliczność braku wyspecyfikowania tych dokumentów na wzorze formularza przygotowanym przez Zamawiającego nie powinna mieć istotnego znaczenia, tym bardziej, że Odwołujący wraz z ofertą załączył przygotowany przez siebie spis dokumentów, wymieniający wszystkie te oświadczenia i wykazy). (...) W tym przypadku wystąpiła jedynie niezgodność formalna. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, o niezgodności formalnej możemy mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzona na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy. Tego rodzaju uchybienie jest jedynie brakiem formalnym, a zatem nie powinno skutkować odrzuceniem oferty (tak: wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 950/14).”

KIO 1115/20

„Z uwagi na „podwójne” znaczenie załącznika nr 9 w niniejszym postępowaniu, należy także odnieść się do faktu, że wiek pojazdów był oceniany w kryterium oceny ofert. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może być stosowany do uzupełnienia/ poprawienia/ wyjaśnienia/ złożenia informacji, które są oceniane w kryteriach oceny ofert, co wynika zarówno z treści tego przepisu w powiązaniu z art. 25 ust. 1 i art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jak też dodatkowo z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego podstawowe zasady udzielania zamówień. Zasady te zostałyby bowiem naruszone, gdyby wykonawca mógł w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zmienić te elementy swojej oferty, które są punktowane w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego też w niniejszym postępowaniu przystępujący mógł poprawić załącznik nr 9 w celu wykazania, że oferowana usługa spełnia wymagania określone w siwz, ale poprawienie to nie mogło zostać uwzględnione przez zamawiającego przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Innymi słowy: za pojazd, którego wiek pierwotnie nie spełniał wymogu określonego w siwz, przystępujący nie powinien był otrzymać punktów w kryterium oceny ofert nawet po „poprawieniu” wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający zobowiązany był przyznać przystępującemu mniej punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym wieku pojazdów, niż faktycznie przyznał.”

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy II Ca 206/06
„Od treści oferty należy natomiast odróżnić jej formę. Niezgodność formy oferty z narzuconym przez zamawiającego wzorem, układem nie powoduje niezgodności oferty z treścią SIWZ, byleby oświadczenia składane w ofercie zawierały wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje i zobowiązania. W tym świetle w ocenie Zespołu Arbitrów pominięcie w ofercie nazwy międzynarodowej oraz kodu CPV jest brakiem formalnym oferty a nie brakiem merytorycznym. Odwołujący zawarł bowiem w swojej ofercie wszystkie informacje i dane, które pozwalały zamawiającemu zidentyfikować prawidłowo oferowany produkt. Pominięcie nazwy międzynarodowej i kodu CPV nie ma żadnego znaczenia dla możliwości zidentyfikowania leku oraz porównania tej oferty z ofertami innych wykonawców. Dane te są potrzebne zamawiającemu dla prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia, co też zamawiający w SIWZ uczynił.”

KIO 1799/19

„Brak wskazania roku w treści formularza ofertowego, w tej konkretnej sytuacji, pozostawał bez jakiegokolwiek znaczenia dla możliwości oceny oferty Przystępującego w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert i jej zgodności z treścią SIWZ. Przeciwne podejście prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego formalizmu i eliminacji z postępowania ofert spełniających wymagania zamawiającego i odpowiadających SIWZ.”

KIO 2298/13

„Jednocześnie Izba stwierdza, że żądanie wykluczenia wykonawcy N. z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na trzy części zamówienia w sytuacji kiedy

w przedmiotowym wykonawca ponad wszelką wątpliwość spełniał warunek dla jednej części XVI byłoby niczym nieuzasadnionym formalizmem."

KIO 2219/11

„O niezgodności merytorycznej świadczy okoliczność, gdy przedmiot oferty pozostaje w sprzeczności z wymogami merytorycznymi SIWZ, a wymaganej informacji nie sposób wywieść z pozostałych elementów oferty. Gdy wykonawca nie zastosuje się do instrukcji zamawiającego co do zakresu treści oferty w poszczególnych jej punktach, ale dane oczekiwane przez zamawiającego możliwe są do ustalenia w oparciu o całościową interpretację treści oferty, taki brak postrzegany być winien jako niezgodność formalna."

G.-B. A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz „Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy."

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach X Ga 23/07: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy

wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 8 - przyp. W.D.] do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zatem zastosowanie także norma art. 5 k.c. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe".

Mając powyższe na względzie, w świetle znajomości zamawiającego parametrów zaoferowanego sprzętu podanych w poz. 7 i 52 tabeli 1.1.1. oraz poz. 1 i 5 tabeli 1.1.2 Formularza Podstawowego, Zamawiający był zobowiązany do przyznania ofercie łącznie 16 punktów w kryteriach Dodatkowe Funkcjonalności (poz.7,8,10 i 10), pomimo iż Formularz Funkcjonalność Dodatkowa (FD) nie został do oferty załączony.

Zamawiający dopuścił się nadmiernego formalizmu w toku oceny ofert naruszając tym samym art. 239 ust.1 i 2 i art. 17 ust.1 pkt 1) i 2) Ustawy uchylając się wyboru oferty obejmującej najlepszą jakość dostaw o efektów zamówienia zgodnymi z wymaganiami sformułowanymi przez samego Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przesłanki do odrzucenia odwołania - Izba nie stwierdziła.

Pierwsze zagadnienie przy badaniu wniesionego odwołania, to czy nie występują przesłanki do odrzucenia odwołania, które Izba bada z urzędu. Izba w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania, które potencjalnie

wymienione

są w art.528 ustawy, w szczególności co do terminu wniesienia odwołania, który w niniejszej sprawie upływał w dniu 18 października 2021r., wobec zawiadomienia o wyborze

najkorzystniejszej oferty w dniu 7 października 2021r., przy uwzględnieniu 10 dniowego terminu do złożenia odwołania w myśl art. 515 ust.1 pkt 1) lit. a) w związku z zamówieniem, którego wartość przekracza progi unijne. Również ani zamawiający, ani przystępujący po

jego

stronie to jest wykonawca wybrany na posiedzeniu Izby z ich udziałem, wniosku o odrzucenie odwołania nie złożyli. Wobec powyższego, zgodnie z art.530 ustawy, Izba skierowała sprawę do rozpoznania merytorycznego na rozprawie.

Przystąpienie wykonawcy wybranego po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcę wybranego (przystępującego), stwierdzając prawidłowość zgłoszonego w sprawie przystąpienia, zgodnie z warunkami art.525 ustawy. Również ani odwołujący, ani

zamawiający

na posiedzeniu Izby nie zgłosili opozycji przeciw przystąpieniu, powołując się na art.526

ustawy.

Prawo do wniesienia odwołania.

Izba z kolei uwzględniając argumentację odwołania stwierdza prawo odwołującego do wniesienia odwołującego, w myśl art. 505 ust.1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje jemu status wykonawcy. W opinii odwołującego nieprzyznanie jego ofercie 16 punktów w kryteriach oceny ofert pod nazwą „Dodatkowe Funkcjonalności" nastąpiło z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż zaoferowane przez odwołującego urządzenia zapewniały 4 z 12 dodatkowych funkcjonalności, co zapewniało odwołującemu dodatkowe 16 punktów wobec 60 punktów przyznanych ofercie odwołującemu w pozostałych kryteriach oceny ofert, czyli łącznie 76 punktów. Pozostali wykonawcy uzyskali 71,01 pkt i 71,84 pkt. Tymczasem przyznanie ofercie Odwołującego 76 punktów zapewniłoby ofercie odwołującego status oferty najkorzystniejszej, determinujący wybór oferty odwołującego przez zamawiającego.

Wobec powyższego Izba stwierdza również po stronie odwołującego prawo do wniesienia odwołania, podyktowane wykazanym potencjalnym interesem odwołującego w uzyskaniu zamówienia przy uwzględnieniu wnioskowanych punktów za dodatkowe funkcjonalności oferowanego przedmiotu zamówienia, które to zamawiający na obecnym etapie postępowania nie przyznał ofercie odwołującego.

Zarzuty i żądania odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1/ czynności odmowy przyznania ofercie odwołującego w kryterium dodatkowe funkcjonalności jakiejkolwiek liczby, o czym zamawiający poinformował odwołującego w dniu 7 października 2021 roku,

2/ czynności dokonania wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, o czym zamawiający poinformował odwołującego w dniu 7 października 2021 roku.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust.1 i 2 w kontekście art. 17 ust.1 pkt 1) i 2) ustawy przez niezastosowanie powołanego przepisu.

Wniosek odwołania co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1/ uchylenia czynności wyboru oferty przystępującego,

2/ dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem obowiązku przyznania ofercie

odwołującego 16 punktów w kategorii Dodatkowe Funkcjonalności - po 4 pkt za funkcjonalności wymienione w poz. 7.8.10 i 11 tabeli zamieszczonej w pkt 14.3.2. ppkt 3 SWZ.

Na podstawie przeprowadzonego na posiedzeniu/rozprawie postępowania wyjaśniającego co do stanowisk stron, w związku z przedstawioną odpowiedzią na odwołanie, jak i

stanowiskiem

przystępującego oraz dalszymi wyjaśnieniami odwołującego Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2021r. złożył pisemną odpowiedź na odwołania (w

aktach sprawy) w jednym piśmie w sprawie o Sygn. akt KIO 3080/21 (będąca przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia), jak i w sprawie o Sygn. akt KIO 3090/21 (sprawa umorzona postanowieniem Izby z dnia 5 listopada 2021r. w związku z cofnięciem odwołania przez wykonawcę T-SYTEMS POLSKA Sp. z o.o. w tymże dniu 5 listopada 2021r.). Obydwie sprawy wniesionych odwołań zostały uprzednio połączone do łącznego rozpoznania, zarządzeniem Prezesa Izby, z racji ich prowadzenia w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego.

Z treści wniesionej, na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 z ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) odpowiedzi na odwołania z dnia 18 października 2021 r. złożone przez Wykonawców:

(-) Odwołujący nr 1 - Apex.IT Sp. z o.o. oraz (-) odwołujący nr 2 - T-SYTEMS POLSKA Sp. z o.o., Zamawiający wnosi o oddalenie obydwu ww. odwołań, złożonych przez Apex.IT Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3080/21) oraz T-SYSTEMS Polska sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3090/21) w całości, z uwagi na ich nie zasadność.

Z racji umorzenia, jak powyżej nadmieniono sprawy T-SYSTEMS Polska sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 3090/21), Izba odnosi się do argumentacji w przedmiotowej sprawie to jest w zakresie odwołania Apex.IT Sp. z o.o.(odwołującego).

(1) Zamawiający zgodnie z przepisem art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" oraz postanowieniem pkt 14.3.2 SWZ, zatytułowanym: „Zasady oceny kryterium „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe" ppkt 1, w myśl którego: „1. Ocena kryterium będzie dokonywana na podstawie uzupełnionego Załącznika nr 1a do SWZ — Parametry sprzętu. (...)" i postanowieniem pkt 14.3.2 ppkt 3 SWZ - w treści nadanej temu postanowieniu SWZ w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 6 i modyfikacji treści SWZ (pismem Zamawiającego z dnia 3 września 2021 r. — znak: BDG-WO.261.13.2021) - stosownie do którego:

„3. Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego kryterium rozpatrywany będzie sposób uzupełnienia tabeli 1 a — parametry Oferowanego sprzętu

— ocena punktowa sprzętu. Za zaoferowanie przez wykonawcę każdej z wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności Wykonawca otrzyma 4 pkt. Brak uzupełnienia wspomnianej tabeli (tj. wskazania TAK lub NIE) skutkować będzie przyznaniem liczby 0 punktów w zakresie odrębnej funkcjonalności." dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty (tj. oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny) na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przyznając ofercie Odwołującego nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. zero punktów w ramach ww. pozacenowym kryterium oceny ofert: „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe", z uwagi na — obiektywny i przyznany przez tego Odwołującego nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. w odwołaniu fakt - niezłożenia przez tego Odwołującego wraz z ofertą Załącznika nr 1a do

SWZ, który stanowił wyłączną, na podstawie postanowień pkt 14.2.3. ppkt 1 i 3 SWZ podstawę przyznawania punktacji ofertom w przedmiotowym kryterium oceny ofert.

(2) Zamawiający nie był zarówno uprawniony, jak również nie miał obiektywnej możliwości, na podstawie innych postanowień oferty wraz z załącznikami złożonej przez Odwołującego nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. ustalenia, jakie parametry zostałyby wpisane przez tego Odwołującego, gdyby złożył wraz z ofertą uzupełniony Załącznik nr 1a, zawierający wskazanie parametrów oferty tego Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego: „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe", w szczególności z uwagi na fakt, iż Odwołujący nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. nie wypełniając Załącznika nr 1a nie tylko nie doprecyzowała parametrów oferty w

zakresie oferowanego sprzętu ponad wymagania podstawowe, ale również nie wskazała w ostatniej kolumnie Załącznika nr 1a: „Linku do strony internetowej z dokumentacją techniczną oraz numerem strony gdzie znajduje się potwierdzenie spełniania lub dokumentacja techniczna załączona do oferty oraz numer strony na której znajduje się potwierdzenie spełniania", bez których informacji, Zamawiający nie był w stanie w sposób przejrzysty, rzetelny i uzasadniony ustalić i potwierdzić parametry, za które przyznawane były dodatkowe punkty w kryterium: „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe".

(3) Dokonanie przez Zamawiającego, wskazanego przez Odwołującego nr 1 — ApexIT. Sp. z o.o. w odwołaniu: „16 punktów w kategorii Dodatkowe Funkcjonalności — po 4 pkt za funkcjonalności wymienione w poz. 7, 8, 10 i 11" na podstawie Załącznika nr 2 do SWZ „Parametry oferowanego sprzętu przez Wykonawcę — przedmiotowy środek dowodowy" stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, tj. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości postępowania, z uwagi na dokonanie oceny oferty Odwołującego nr 1 — Apex.IT sp. z o.o. w sposób odmienny od przewidzianego w literalnych postanowienia pkt 14.2.3 ppkt 1 i 2 SWZ oraz na innych zasadach niż dokonana przez Zamawiającego zgodnie z SWZ ocena ofert wszystkich pozostałych wykonawców, którzy załączyli do ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu uzupełnione Załączniki nr 1a.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w sprawie w szczególności podniósł. „W pierwszej kolejności należy podkreślić, że obydwa odwołania w istocie starają się podważyć działania Zamawiającego, które zostały dokonane przez Zamawiającego i Komisję Przetargową w oparciu oraz w pełni zgodnie z literalnymi zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia, mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądów doktryny zamówień publicznych, nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że proces badania i oceny ofert powinien zostać przeprowadzony zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, a przede wszystkim przy ścisłym zastosowaniu postanowień SWZ.

Sposób przyznawania punktacji w zakresie kryterium „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe" został precyzyjnie uregulowany przez Zamawiającego w postanowieniach pkt 14.3.2 SWZ ppkt 1 — 3 (ppkt został doprecyzowany w odpowiedzi na pytanie nr 6 w pismem Zamawiającego z dnia 3 września 2021 r. - znak: BDG-WO.261.13.2021), stosownie do których:

„1. Ocena kryterium będzie dokonywana na podstawie uzupełnionego załącznika nr 1a do SWZ - Parametry sprzętu. Maksymalna liczba punktów, jaką Wykonawca może otrzymać w tym kryterium wynosi 40 punktów.

2. W kryterium „Funkcjonalności" Zamawiający przyzna ofercie punkty za zaoferowanie w ramach przedmiotu zamówienie funkcjonalności wskazane w treści OPZ. Kryterium będzie rozpatrywane na podstawie zgodności treści oferty z wymaganiami wskazanymi w treści

OPZ.

3. Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego kryterium rozpatrywany będzie sposób uzupełnienia tabeli w Załączniku nr 1 a - oferowanego sprzętu — ocena punktowa sprzętu. Za zaoferowanie przez wykonawcę każdej z wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności Wykonawca otrzyma 4 pkt. Brak uzupełnienia wspomnianej tabeli (tj. wskazania TAK lub NIE) skutkować będzie przyznaniem liczby 0 punktów w zakresie odrębnej funkcjonalności." .

W świetle i na podstawie powyższych postanowień (których precyzja i jednoznaczność w rozpatrywanych okolicznościach jest oczywista), Zamawiający był zobowiązany do:

(-) przyznania ofercie Odwołującego nr 1 - Apex.IT sp. z o.o. zero punktów w zakresie kryterium „Funkcjonalność" z uwagi na nieuzupełnienie przez tego Wykonawcę Załącznika nr 1a (poprzez uzupełnienie wspomnianej tabeli wskazaniem TAK lub NIE) i nie przedłożenia tego Załącznika wraz z ofertą oraz (-) przyznania 4 punktów ofercie wybranego Wykonawcy — Integrated Solutions Sp. z o.o. w pozycji 8 Załącznika nr 1a za dodatkową funkcjonalność dotyczącą oferowanego Przełącznika LAN w zakresie: „Wszystkie dostępne na przełączniku funkcje dostępne przez cały okres jego użytkowania (permanentne), brak licencji czasowych i subskrypcji z uwagi na fakt uzupełnienie przez tego Wykonawcę tabeli Załącznika nr la poprzez wskazanie „TAK" w tej pozycji oraz przywołanie dokumentacji technicznej potwierdzających ten parametr za pośrednictwem zamieszczonego w ostatniej kolumnie

Załącznika nr 1a (zatytułowanej: „Link do strony internetowej z dokumentacją techniczną oraz numer strony gdzie znajduje się potwierdzenie spełnienia lub dokumentacja techniczna załączona do oferty oraz numer strony na której znajduje się potwierdzenie spełnienia.”)

linka: „,

rozdział

„Standard Faetures, strony 3-10”, jak również

(,..)W powyższych okolicznościach, Zamawiający przy dokonywanej ocenie powyższych ofert był ściśle związany zacytowanymi zapisami SWZ, a odstąpienie lub zastosowanie ich w sposób odmienny od literalnego ich brzmienia naraziłoby Zamawiającego na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (por. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp), w pierwszej kolejności zasady przejrzystości, ale również zasad zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

(...) Dalej zamawiający powołuje się na orzeczenie KIO „Prawidłowość powyższego działania Zamawiającego znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1723/21), w którym czytamy m.in.:

„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” .

Cytując tezę powyższego wyroku Izby zamawiający konstatuje „Skoro zatem, Izba uznała, że brak tłumaczenia dokumentu stanowi podstawę do odrzucenia oferty, to tym bardziej brak złożenia określonego dokumentu (w analizowanym przypadku Załącznika nr 1a przez Apex.IT Sp. z o.o.) powinien wiązać się z negatywnymi konsekwencjami dla Wykonawcy w postaci przewidzianego w SWZ braku przyznania punktów w zakresie dodatkowych funkcjonalności.

2. Należy jednocześnie podkreślić, że Zamawiający weryfikował prawidłowości oświadczeń złożonych przez Wykonawców, w tym wybranego Wykonawcę, w Załączniku nr 1a w zakresie zaoferowanych parametrów dotyczących dodatkowych funkcjonalności, za które Zamawiający przyznał dodatkowe punkty w ramach kryterium: „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania standardowe”.

Powyższa weryfikacja odbywała się na podstawie postanowień SWZ i uzupełnionego przez danego Wykonawcę załącznika nr 1a w oparciu o wskazaną dokumentację techniczną, do której Wykonawcy zamieszczali odnośnik w ostatniej kolumnie Załącznika nr 1a, zatytułowanej: „Link do strony internetowej z dokumentacją techniczną oraz numer strony gdzie znajduje się potwierdzenie spełnienia lub dokumentacja techniczna załączona do oferty oraz numer strony na której znajduje się potwierdzenie spełnienia”.

Jeżeli zatem dany Wykonawca nie załączył Załącznika nr 1a, jak miało to miejsce w przypadku Odwołującego nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. lub w tym Załączniku nr 1a w pozycji 8 wskazał „NIE” to Zamawiający był zobowiązany na podstawie powyżej zacytowanych postanowień SWZ przyznać ofercie 0 punktów, z uwagi na niezaoferowanie przez ww. Wykonawców dodatkowych funkcjonalności zaoferowanego sprzętu ponad wymagania dodatkowe.

Ustalanie lub poprawianie parametrów zaoferowanych przez obydwu Odwołujących w oparciu o inne dokumenty niż Załącznik nr 1a i dokumentacje techniczne, do których zostało zamieszczone odniesienie w tym Załączniku nr 1a, nie było możliwe nie tylko z uwagi na nieprzewidzenie takiej możliwości w postanowieniach SWZ, ale również z uwagi na fakt, że poczynienie takich ustaleń przez Zamawiającego było obiektywnie niemożliwe do dokonania (jak również stanowiłoby zastąpienie Wykonawcy przez Zamawiającego przy określaniu parametrów oferty podlegających punktacji przedmiotowym pozacenowym kryterium oceny ofert). W szczególności, w zakresie Odwołującego nr 1 — Apex.IT Sp. z o.o. Zamawiający nie mógł na podstawie wpisania przez Odwołującego nr 1 do „Formularza Podstawowego” (Załącznik nr 2 - Załącznika nr 2 do SWZ „Parametry oferowanego sprzętu przez Wykonawcę — przedmiotowy środek dowodowy”) „Nie dotyczy” wnioskować, że Wykonawca zaoferował licencje permanentne (brak licencji czasowych i subskrypcji) w zakresie zaoferowanego przełącznika LAN.”

Dalej w swoim stanowisku zamawiający odnosi się do oceny złożonych ofert pozostałych wykonawców w tym przystępującego, T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o. jak i ZSK Sp. z o.o. oraz ESKOM Sp. z o.o., których oferty zostały odrzucone. Również odnosi się do kolejno przedstawionych orzeczeń w odwołaniu na poparcie stanowiska odwołującego stwierdzając, że przywołane orzeczenia zapadły w innych stanach faktycznych. Także zamieszcza argumentację merytoryczną, która posługuje się do stwierdzenia o braku możliwości oceny i przyznania dodatkowych punktów ofercie odwołującego na podstawie zał. Nr 2 do oferty to jest parametry podstawowe.

Zanim Izba odniesie się do argumentacji zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie w uzupełnieniu przedstawi zasadniczą argumentację zawartą w stanowisku przystępującego po stronie zamawiającego to jest wykonawcy wybranego.

Przystępujący w dniu 8 listopada 2021r. w piśmie przygotowawczym przedstawił argumentację popierającą stanowisko zamawiającego to jest za oddaleniem odwołania w całości.

Treść specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest jasna, zrozumiała.

W pkt 14.3.2. SWZ Zamawiający w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił w jaki sposób i na jakiej podstawie (na podstawie jakiego oświadczenia wykonawcy) dokona oceny ofert w zakresie kryterium oceny ofert „Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania podstawowe”:

„1. Ocena kryterium będzie dokonywana na podstawie uzupełnionego załącznika nr 1a do SWZ - Parametry sprzętu. Maksymalna liczba punktów, jaka Wykonawca może otrzymać w tym kryterium wynosi 40 punktów.

2. W kryterium „Funkcjonalności” Zamawiający przyzna ofercie punkty za zaoferowanie w ramach przedmiotu zamówienie funkcjonalności wskazane w treści OPZ. Kryterium będzie rozpatrywane na podstawie zgodności treści oferty z wymaganiami wskazanymi w treści

OPZ.

3. Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego kryterium rozpatrywany będzie sposób uzupełnienia tabeli w Załączniku nr 1 a - Parametry oferowanego sprzętu — ocena punktowa sprzętu. Za zaoferowanie przez wykonawcę każdej z wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności Wykonawca otrzyma 4 pkt. Brak uzupełnienia wspomnianej tabeli (tj. wskazania TAK lub NIE) skutkować będzie przyznaniem liczby 0 punktów w zakresie odrębnej funkcjonalności.”

3. Analiza przywołanych postanowień SWZ wskazuje jednoznacznie, że:

po pierwsze, jedynym dokumentem, na podstawie którego Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert, jest oświadczenie wykonawcy określające konkretne parametry sprzętu sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 1A do SWZ, po drugie, niewypełnienie tego oświadczenia skutkować będzie przyznaniem ofercie wykonawcy 0 punktów w zakresie danej funkcjonalności.

4. Nie jest sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania odwoławczego, że Apex.IT nie złożył wraz z ofertą oświadczenia „Parametry sprzętu. Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania podstawowe - ocena punktowa” przygotowanego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 a do SWZ. Odwołujący przyznał ten fakt w treści odwołania.

5. Nie jest sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania odwoławczego, że oświadczenie to było żądane przez Zamawiającego zgodnie z SWZ oraz nie miało charakteru oświadczenia, którego brak podlega uzupełnieniu przez wykonawcę.

6. Odwołujący w treści odwołania zmierza do zmiany charakteru i znaczenia oświadczenia „Parametry sprzętu. Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania podstawowe - ocena punktowa", podnosząc, że oświadczenie to nie ma w istocie znaczenia przy ocenie oferty wykonawcy i jego brak nie uniemożliwia dokonania oceny oferty pod kątem kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

Takie działanie Odwołującego jest oczywiście sprzeczne z treścią SWZ.

7. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono 5 ofert i tylko oferta Apex.IT nie zawierała oświadczenia tego wykonawcy wypełnionego zgodnie z załącznikiem 1A do SWZ „Parametry sprzętu. Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania podstawowe - ocena punktowa". Należy podkreślić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek stosowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, co oznacza że zobowiązany jest stosować te same wymagania do wszystkich wykonawców oraz egzekwować te wymagania w taki sam sposób w stosunku do wszystkich wykonawców.

Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zobowiązany byli zastosować się do wymagań określonych w SWZ. Nie budzi wątpliwości fakt, że Apex.IT nie składając wymaganego w SWZ oświadczenia, nie wykonał należycie tego obowiązku.

8. Po upływie terminu składania ofert wymagania zawarte w SWZ są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Zamawiający nie może więc w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w SWZ są mu potrzebne, a które nie. Zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z SWZ pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwne działanie, tj. rezygnacja przez Zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane (za wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej z dn. 17.06.2021 r. sygn. KIO 1293/21).

9. Zamawiający ponad wszelką wątpliwość wskazał kiedy przyzna 0 punktów w kryterium „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu ponad wymagania podstawowe" w zależności od treści lub jej braku w oświadczeniu wykonawcy sporządzonym zgodnie z załącznikiem 1A do SWZ „Parametry sprzętu. Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu — ponad wymagania podstawowe - ocena punktowa": "Brak uzupełnienia wspomnianej tabeli (tj. wskazania TAK lub NIE) skutkować będzie przyznaniem liczby 0 punktów w zakresie odrębnej funkcjonalności."

10. Niewątpliwie brak złożenia oświadczenia przez Odwołującego należy uznać za niewypełnienie tabeli odpowiednim oświadczeniem w zakresie wszystkich wskazanych w tym dokumencie funkcjonalności. Nie ulega wątpliwości, że oświadczenie takie wykonawca zobowiązany był złożyć i odpowiednio wypełnić, aby uzyskać punkty w kryterium „Dodatkowe Funkcjonalności zaoferowanego sprzętu ponad wymagania podstawowe".

11. Oczywiście niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że odmowa Zamawiającego przyznania ofercie punktów była nieuprawniona, a niedołączenie przez Odwołującego do oferty oświadczenia określającego dodatkowe funkcjonalności oferowanego sprzętu, punktowane w ramach kryterium oceny ofert, nie stało na przeszkodzie przydzieleniu przez Zamawiającego punktów za wymagania punktowane.

13. Apex.IT w treści odwołania dokonuje wykładni treści SWZ w sposób niezgodny z zasadami wykładni, w celu zmarginalizowania faktu, iż nie dołożył należytej staranności przy sporządzeniu oferty i nie złożył oświadczenia określającego dodatkowe funkcjonalności oferowanego sprzętu punktowane w ramach kryterium oceny ofert.

14. Odwołujący niewątpliwie nie złożył w ofercie oświadczenia określającego dodatkowe funkcjonalności oferowanego sprzętu punktowane w ramach kryterium oceny ofert. Błąd ten nie miał jednak — jak próbuje zaprezentować to Odwołujący — charakteru edycyjnego, formalnego, tzn. polegającego na wadliwym zaprezentowaniu treści oferty. Odwołujący „pominął" oświadczenie niezbędne do przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, a przy tym jedyne oświadczenie, na podstawie którego zgodnie z SWZ Zamawiający mógł przyznać punkty.

15. Nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktów tylko z tego powodu, iż Odwołujący nie złożył oświadczenia określającego punktowane parametry w odrębnym dokumencie nie stanowiło przejawu nadmiernego rygoryzmu przez Zamawiającego.

W wyroku z dn. 12.03.2021 r. sygn. KIO 487/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na wszystkie podmioty w tym i Zamawiającego sztywną regulację postępowania, gwarantując w zamian przejrzystość postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba zaznaczyła, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do czynności, które są nieprawidłowe w świetle postanowień ustawy. Zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy z uwzględnieniem regulacji prawnych.

16. Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający nie był obowiązany przyznać Odwołującemu punkty za funkcjonalności, co do których Odwołujący nie złożył odrębnego oświadczenia.

17. Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że „informacje na temat wartości punktowanych parametrów były Zamawiającemu znane, nie zachodziła konieczność podjęcia przez Zamawiającego wysiłków w celu ustalenia ich wartości."

Przystępujący podkreśla, że Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego składania oświadczenia w zastępstwie wykonawcy (tu: Odwołującego), czy też odtwarzania brakującego w ofercie oświadczenia na podstawie innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.

19. Potwierdza to prawdziwość tezy, że złożenie przez Odwołującego oświadczenia dotyczącego parametrów minimalnych oferowanego sprzętu zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, nie jest wystarczające do oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert i nie może zastąpić odrębnego oświadczenia określającego dodatkowe funkcjonalności oferowane przez wykonawcę i punktowane przez Zamawiającego.

20. Nie jest zadaniem Zamawiającego domyślać się, co dokładnie zostało zaoferowane przez wykonawcę w ofercie i na podstawie takich domysłów tworzyć treść oświadczenia, które zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami w SWZ powinien był złożyć wykonawca samodzielnie. Zamawiający wymaga, aby podmiot profesjonalnie zajmujący się dostawią urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia wskazał konkretne parametry w sposób nie budzący wątpliwości, z dochowaniem należytej staranności wymaganej od podmiotu profesjonalnie zajmującego się danym rodzajem działalności.

21. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak podkreśla Izba, te przesłanki powinny przekonywać, że to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym, ciąży obowiązek poprawnego i zgodnego z wymaganiami SWZ przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu.

Tak jak powyżej Izba przywołała, przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie, popierając decyzję zamawiającego co do nie przyznania punktów ofercie odwołującego w dodatkowym kryterium Funkcjonalność oferowanego sprzętu, w związku z brakiem zał. Nr 1A w ofercie odwołującego, wskazując na przepisy i orzecznictwo. Ponadto przystępujący zawarł szereg wywodów, które w jego ocenie, zwłaszcza wskazując na treść pozostałych ofert, nie pozwalają ustalić z elementów oferty odwołującego, to jest z treści załącznika nr 2 Parametry podstawowe oferowanego sprzętu, podstaw do przyznania punktów w kryterium Funkcjonalności dodatkowe oferowanego sprzętu, któremu miał służyć załącznik nr 1 A .

Izba mając na uwadze stanowiska stron jak i przystępującego dokonała ustaleń mających zasadnicze znaczenie w rozstrzygnięciu odwołania, w związku z czynnościami zamawiającego, które stanowiły podstawę do nie przyznania dodatkowych punktów za oferowany sprzęt przez odwołującego.

Jak Izba ustaliła, zgodnie z czynnością zamawiającego z dnia 7 października 2021 wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, w zakładce pliku „Kryterium - dodatkowa funkcjonalność zamawiający zamieścił informację o treści: „Wykonawca nie dołączył do oferty Załącznika nr 1a do SWZ" i nie przyznał odwołującemu jakichkolwiek punktów w

powyższych kryterium.

Również z dokumentów zamawiającego przedstawiających ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty wynika, jak poniżej.

Z załącznika Nr 1 do wniosku komisji Tabela - oferta nr 3 to jest oferta odwołującego - kryterium dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu - ponad wymagania podstawowe (40 pkt) - przyznano - 0.00 - jako jedyne z kryteriów, w którym nie przyznano ofercie odwołującego punktów (0 pkt). Tym samym ofercie odwołującego jako jedynej z 5 ofert, nie przyznano punktów w kryterium dodatkowe „Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu". W tym miejscu brak uzasadnienia ze strony zamawiającego z jakiego powodu, nie przyznano dodatkowych punktów ofercie odwołującego.

Kolejno zał. Nr 1 do pisma z 06.10.21r. - tabela gdzie jest informacja o odrzuceniu ofert ZSK Sp. z o.o. i ESKOM Sp. z o.o., widnieje także informacja o ofercie odwołującego - 0,00 kryterium dodatkowe Funkcjonalność, również brak informacji o powodzie nie przyznania punktów.

Kolejne pismo informacja zamawiającego z 06.10.21r. o wyborze to po pierwsze informacja o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, brak informacji na temat oferty odwołującego, po drugie dodatkowe informacje o ofertach odrzuconych ZSK Sp. z o.o. i

ESKOM IT Sp. z o.o.

Izba dokonując analizy pism zamawiającego stwierdziła w jednym z dokumentów jakiekolwiek uzasadnienie dla przyznania odwołującemu 0,00 pkt - ów za kryterium dodatkowe Funkcjonalność oferowanego sprzętu, a mianowicie brak zał. Nr 1 a do SWZ w ofercie wykonawcy/odwołującego.

Podsumowując w szeregu dokumentach stanowiących źródło informacji o przebiegu oceny ofert przez zamawiającego zarówno w ramach kryterium podstawowego - Zał. 2 (zgodność oferty z treścią swz), jak i kryterium dodatkowego - Zał. 1a (kryteria oceny ofert) brak jakichkolwiek dodatkowych informacji, poza stwierdzeniem, że brak zał. Nr 1a stał się przyczyną braku dodatkowych punktów za kryterium dodatkowe Funkcjonalność w ofercie odwołującego.

Na powyższe zwracał uwagę odwołujący w złożonym odwołaniu, kwitując brak informacji o spełnieniu warunków udziału co do wymagań podstawowych (minimalnych) przez domniemanie, że skoro oferta odwołującego nie została odrzucona, to musiała być oceniana na podstawie zał. Nr 2 (parametry podstawowe oferowanego sprzętu). Jako okoliczność bezsporna w sprawie na co zwracali uwagę zarówno zamawiający, jak i przystępujący, a co przyznawał odwołujący, w jego ofercie zabrakło załącznika nr 1 a, jak tłumaczył odwołujący z powodu pomyłki edycyjnej to jest pominięcia wypełnienia tego załącznika, w sytuacji zawarcia optymalnych to jest zarówno minimalnych jak i dodatkowych informacji o parametrach w kryterium dodatkowym, zamieszczonych w zał. Nr 2 .

I od takiego uzasadnienia decyzji zamawiającego o odmowie przyznania punktów za dodatkowe funkcjonalności oferowanego sprzętu odwołał się odwołujący.

Izba kwitując czynność oceny przez zamawiającego oferty odwołującego stwierdza, że nie przyznanie punktów w kryterium dodatkowym „Funkcjonalność oferowanego sprzętu", miała jedyne uzasadnienie ze strony zamawiającego - brak w ofercie odwołującego załącznika nr 1 A. Ta okoliczność stanowi zasadniczą i główną podstawę rozstrzygnięcia Izby, niezależnie jakie argumenty przywoływane są na etapie postępowania odwoławczego zarówno przez zamawiającego, jak i przystępującego. Bowiem zarzuty odwołania stanowią granice rozstrzygnięcia Izby, a zarzuty odwołujący formułuje zaskarżając czynność/zaniechanie zamawiającego, w tym przypadku uzasadnienie zamawiającego, o nie przyznaniu punktów w kryterium dodatkowe Funkcjonalność, sprowadzające się do braku Załącznika nr 1 A. Reasumując zamawiający na etapie badania i oceny oferty nie podjął się badania i oceny co do kryterium oceny oferty „Funkcjonalność dodatkowa oferowanego sprzętu" bazując na informacjach zawartych w Tabeli Nr 2 „Parametry podstawowe oferowane sprzętu". Zamawiający kierował się formalizmem postępowania, to jest różnym przeznaczeniem Tabeli Nr 2 i Tabeli Nr 1A, niezależnie jakie informacje zostały zawarte w Tabeli Nr 2 w ofercie odwołującego, w związku z brakiem w ofercie Zał. Nr 1A. Zamawiający również nie skorzystał z instytucji wyjaśnienia wątpliwości, aby dowiedzieć się, czy brak zał. Nr 1 A to pomyłka, czy świadome, zamierzone działanie, w sytuacji gdy pozostali czterej oferenci załączyli Zał. Nr 1A do ofert.

Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów, a w szczególności żądań odwołania, dokonała badania i oceny postanowień dokumentacji zamawiającego, w kontekście zarzutu odwołania

kierowania się przez zamawiającego tylko formalizmem przy ocenie oferty odwołującego, a nie jej merytoryczną zawartością.

Jak Izba ustaliła w sekcji II przedmiot Ogłoszenia o zamówieniu w pkt II.2.14) Informacje dodatkowe stwierdza się, że zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków

dowodowych opisanych w Rozdziale 3 SWZ.

W SWZ w jej Rozdziale 3. Szczegółowy Przedmiot Zamówienia w zakresie Przedmiotowe środki dowodowe przewiduje się: Zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz dokonania oceny w kryterium oceny ofert - kryterium „Funkcjonalność" zgodnie z art.104-106 ustawy pzp. takich jak wydruki ze strony - opis przedmiotu zamówienia, certyfikaty lub oświadczenia producentów, deklaracja CE, załącznik nr 2 do SWZ- Parametry oferowanego sprzętu. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy i usługi posiadają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

W rozdziale 14.Badanie ofert, kryteria oceny ofert oraz sposób oceny ofert pkt 14.3.2. zasady oceny kryterium „Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu- ponad wymagania podstawowe" w ppkt 1. Ocena kryterium będzie dokonywana na podstawie uzupełnionego załącznika nr 1 a do SWZ - Parametry sprzętu. W pkt 3 Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego kryterium rozpatrywany będzie sposób uzupełnienia tabeli w Formularzu ofertowym. (.). Brak uzupełnienia wspomnianej tabeli (t.j. wskazania TAK lub NIE) skutkować będzie przyznaniem liczby 0 punktów w zakresie odrębnej funkcjonalności.

Izba zwraca uwagę na niuanse postanowień: „załącznik nr 2 do SWZ- Parametry oferowanego sprzętu" w kontekście - „na podstawie uzupełnionego załącznika nr 1 a do SWZ - Parametry sprzętu". Mowa jest o załączniku zawierającym parametry oferowanego sprzętu oraz o uzupełnionym załączniku nr 1 a do SWZ - Parametry sprzętu. Z kolei odwołujący w odwołaniu wywodzi, że wszystkie parametry zarówno wymagane jako minimum, jak i dodatkowe zawarł w jednej Tabeli Nr 2, pomijając omyłkowo dodatkową tabelę Nr 1A, którą przeoczył, ale nie oznacza to, że pełen zakres parametrów (minimalnych i optymalnych - dodatkowych) zawarł w jednej Tabeli podstawowej Nr 2.

Reasumując ustalenia Izby sprowadzają się do stanu, że odwołujący przyznał, że nie załączył Załącznika nr 1A(a) do oferty, ale twierdzi, że sposób wypełnienia załącznika Nr 2 do SWZ- Parametry oferowanego sprzętu daje możliwość zamawiającemu ocenę oferty nie tylko w zakresie podstawowych parametrów (minimalnych), ale również w zakresie kryterium dodatkowe „Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu - ponad wymagania podstawowe".

Natomiast zamawiający powołując się na powyżej cytowane postanowienia SWZ o wymogu Załącznika nr 1A do SWZ odmawia przyznania punktów ocenianych w zakresie kryterium oceny ofert „Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu - ponad wymagania podstawowe", co w świetle powyższych rozważań Izba nie uznaje za usprawiedliwione, a wręcz nie usprawiedliwiony formalizm w zakresie oceny oferty odwołującego.

Izba dokonując rozstrzygnięcia zaistniałego sporu stwierdza za nieuprawnione stanowisko zamawiającego, w sytuacji gdy oceny w zakresie możliwości przyznania punktów w kryterium Dodatkowe Funkcjonalność zaoferowanego sprzętu- ponad wymagania podstawowe można dokonać na podstawie informacji zawartych w złożonej ofercie (załącznik nr 2). W sytuacji powyższej, nawet gdy oferta nie zawiera załącznika przeznaczonego do oceny dodatkowych parametrów, za które przyznawane są punkty w kryterium funkcjonalności (załącznik nr 1 a), a parametry dodatkowe wynikają z Tabeli podstawowej (załącznik nr 2), jak twierdzi odwołujący, a taką okoliczność zamawiający pominął oceniając ofertę, kierując się tylko i wyłącznie formalizmem to jest brakiem załącznika nr 1A, żądania odwołującego są uprawnione.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za nieprawidłowe odstąpienie przez zamawiającego od oceny oferty odwołującego w zakresie kryterium „funkcjonalność" z samego tylko powodu, że oferta nie zawiera załącznika nr 1a, pomimo że odwołujący powołując się na załącznik nr 2 wskazuje na możliwość oceny jego oferty w zakresie kryterium „funkcjonalność".

Zarówno odwołujący jak i zamawiający przywołali szereg przykładów orzecznictwa z wyroków Izby jak i sądów okręgowych, które słusznie wskazał zamawiający odnoszą się do różnych stanów faktycznych, niemniej tezy z nich wynikające wskazują na traktowanie

formalizmu jako negatywnej przesłanki oceny ofert, ponieważ zamawiający winien przede wszystkim mieć na uwadze cel jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty przez odpowiedni stosunek ceny do jakości, co ma znaczenie w przedmiotowej sprawie w związku z dodatkowym kryterium funkcjonalności oferowanego sprzętu, stanowiącym przedmiot sporu.

Podsumowując potwierdził się zarzut odwołania co do naruszenia art. 239 ust.1 i 2 w związku z art. 17 ust.1 pkt 1) i 2) ustawy, w kontekście oceny oferty odwołującego, w przypadku dokonania ponownej oceny oferty, może mieć wpływ na wynik postępowania, a powyższe w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy powoduje uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: .....