

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2021 r. przez wykonawcę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i:

- a) nakazuje Zamawiającemu Miastu Białystok unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.H.U. K. L. z siedzibą w Gorlicach w zakresie części I, III i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i Centrum Komputerowe Planeta M. D. z siedzibą w Tychach w zakresie części II,
- b) nakazuje Zamawiającemu Miastu Białystok unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w zakresie części I, II, III,
- c) nakazuje Zamawiającemu Miastu Białystok dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie części I, II, III.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Białystok i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Białystok na rzecz wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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.....

Zamawiający: Miasto Białystok wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego w ramach zadania pn. „Wsparcie szkół Białostockiego Obszaru Funkcjonalnego związane z ograniczaniem skutków pandemii COVID-19, część I, II i III” pod numerem BSC.271.2.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02.08.2021 r., numer ogłoszenia 2021/S 147-390543.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego: Sutar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie Zamawiający przekazał za pośrednictwem platformy w dniu 15 października 2021 r.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 października 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w części I, II i III Postępowania.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty SUNTAR w Tarnowie pomimo, iż treść oferty Sutar jest zgodna z warunkami zamówienia; ewentualnie

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SUNTAR do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty; ewentualnie

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie SUNTAR polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I, II i III;

2. dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części I, II i III;

3. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z ofertą Odwołującego w części I, II i III.

4. ewentualnie wezwał SUNTAR do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, lub dokonał poprawienia innej omyłki w treści oferty Odwołującego, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych, spełniających wymogi przewidziane prawem w zakresie norm środowiskowych dla sprzętu komputerowego dopuszczonych do obrotu na terytorium UE, laptopów do nauki

zdalnej w ramach wsparcia szkół Białostockiego Obszaru Funkcjonalnego związanego z ograniczaniem skutków pandemii COVID-19. Zakres zamówienia obejmuje dostawę 2 022 szt. laptopów wraz z minimum 36-miesięczną gwarancją.

Zauważył, że Zamawiający przewidział podział zamówienia na trzy części:

- 1) część I - 467 szt. laptopów wraz z minimum 36-miesięczną gwarancją;
- 2) część II - 1 140 szt. laptopów wraz z minimum 36-miesięczną gwarancją; 3) część III - 415 szt. laptopów wraz z minimum 36-miesięczną gwarancją. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący części I, II i III znajduje się w Załączniku nr 1 do SWZ

(OPZ).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty SUNTAR w Tarnowie pomimo, iż treść oferty SUNTAR jest zgodna z warunkami zamówienia wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Według Odwołującego - Zamawiający dokonuje oceny oferty pod kątem jej zgodności z warunkami zamówienia w toku badania i oceny ofert, a treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Taka sytuacja - zdaniem Zamawiającego - nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu.

Podniósł, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający w treści formularza ofertowego opisał, iż wymaga wskazania:

1. producenta;
2. modelu i
3. symbolu laptopa.

Zdaniem Odwołującego - wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje zostały prawidłowo wskazane, zaś przyznał, że omyłkowo podał nieprawidłową nazwę elementu nieuwzględnionego w wymaganiach Zamawiającego tj. „linii laptopów” poprzez wskazanie „ProBook”.

W ocenie Odwołującego - wynikającej z informacji powszechnie dostępnych „ProBook” to nazwa linii produktów nie zaś konkretnego modelu.

Mając na uwadze powyższe - w przekonaniu Odwołującego - brak jest podstawy do oceny, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone u producenta zaoferowanego sprzętu.

Wskazał, że brak jest jakichkolwiek podstawy do przyjęcia uzasadnienia zaprezentowanego przez Zamawiającego, że zaproponowane w tabeli formularza ofertowego modele laptopa nie spełniają minimalnych parametrów technicznych określonych w SWZ.

Zauważył przy tym, że Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał wymagania jakoby oferowane modele laptopów miałyby być możliwe do odnalezienia na stronie internetowej producenta. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach wynikających z SWZ.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SUNTAR do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty argumentował, że Zamawiający wobec wątpliwości, na które wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, miał możliwość żądania od niego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a w szczególności mając na uwadze, iż jak sam Zamawiający wskazał w toku badania i oceny ofert okoliczność braku możliwości samodzielnego odszukania informacji, posiłkując się informacjami publicznie dostępnymi na stronie internetowej wskazanego przez Odwołującego producenta.

Zarzucił, że nie dokonując wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołującego, Zamawiający nie tylko naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie Wykonawców i uczciwą konkurencję ale dokonał wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 239 ust. 1 PZP, bowiem taką ofertą była i jest oferta Odwołującego, która niezasadnie została odrzucona.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie SUNTAR polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - w ocenie Odwołującego - mając na uwadze, że wskazanie „linii laptopów” nie było elementem wymaganym w postępowaniu, Zamawiający, jeśli doszedł do przekonania, że oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia winien dokonać poprawienia innej omyłki w treści oferty Odwołującego poprzez wykreślenie oznaczenia „ProBook” w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - powyższe Zamawiający miał możliwość dokonania samodzielnie przed odrzuceniem oferty Odwołującego lub po przeprowadzeniu procedury wyjaśnienia treści złożonej oferty, czego Zamawiający również zaniechał.

Zauważył przy tym, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Odwołującego - w odniesieniu do omyłkowego wskazania oznaczenia linii laptopów spełnione są obie przesłanki.

W dniu 27 października 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca F.H.U. K. L. z siedzibą w Gorlicach.

Pismem z dnia 8 listopada 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ofertę Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 listopada 2021 r., oświadczenia HP Inc Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 listopada 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego

uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.223 ust.1 zd.1 oraz art.223 ust.2 pkt.3 w związku z art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu sprzeczności jej treści z warunkami zamówienia bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treść oferty, a następnie rozważenia jej poprawienia z powodu wystąpienia omyłki w jej treści.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2021 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodności tej nie da się poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w swoim uzasadnieniu wskazał, że w ofercie nr 4 zaproponowane w tabeli formularza ofertowego modele laptopa nie spełniają minimalnych parametrów technicznych określonych w SWZ.

Motywuując powyższe Zamawiający zwrócił uwagę, że dokonał weryfikacji modeli komputerów przenośnych oferowanych przez Wykonawcę i stwierdził, iż nie ma ich na stronie producenta.

Dalej, Zamawiający argumentował, że producent posiada w swojej ofercie modele, które częściowo odpowiadają numerom modeli urządzeń wskazanych przez Wykonawcę.

Wykonawca w złożonej ofercie wskazał producenta urządzenia oraz modele, które nie istnieją, a powyższa sytuacja uniemożliwia Zamawiającemu identyfikację produktów oferowanych przez Wykonawcę.

Jednocześnie stwierdził, że niedopuszczalne są ewentualne wyjaśnienia treści oferty, ponieważ mogą one polegać jedynie na zmianie oferowanego modelu, co prowadziłoby do istotnych zmian w treści złożonej oferty.

Odnosząc się do powyższego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego i zarzutów odwołania należy podnieść, że dla skutecznego wyeliminowania wykonawcy z

przetargu konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego jakie konkretnie modele laptopa nie spełniają jakich konkretnych minimalnych parametrów technicznych określonych w SWZ.

Stosownie do art. 226 ust.1 pkt ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający był zobowiązany do szczegółowego opisanie stanu rzeczy polegającego na tym, że dany skonkretyzowany parametr techniczny nie został zapewniony w ofercie wykonawcy.

Takiej motywacji nie sposób doszukać się w powyższej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dalej, Izba ustaliła, że Odwołujący dla części I, II zaoferował HP ProBook 255 G8 i dla części III HP ProBook 255 G7.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest to, że taki model nie istnieje.

Wymaga również zwrócenia uwagi, że Odwołujący stwierdził, że omyłkowo wpisał w swojej ofercie słowo „ProBook”, a Zamawiający tej okoliczności nie zaprzeczył.

Zdaniem Izby - powyższe oznaczenie „ProBook” omyłkowo dodane przez Odwołującego w ofercie jest irrewantne dla wymagania załącznika nr 2 SWZ - formularza ofertowego, gdzie wykonawcy mieli zadeklarować jedynie producenta, model i symbol laptopa, a nie byli zobowiązani do podania linii laptopa.

Powyższa okoliczność została potwierdzona w oświadczeniu przedstawiciela producenta HP Inc Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 listopada 2021 r., z którego wynika, że słowo „ProBook” oznacza linię laptopów, podobnie jak inna linia laptopów tego producenta o nazwie „EliteBook”, podczas gdy zgodnie z deklaracją producenta modele 255 o symbolach G7 i G8, to jest takie jakie zaproponował Odwołujący, nie posiadają takiej linii.

Jednocześnie powyższe oświadczenie producenta zawiera deklarację, że komputery HP 255 G7 i G8 posiadają możliwość rozbudowy pamięci do 32 GB RAM z układem szyfrowania TPM, co odpowiada treści l.p. 4 i 7 opisu przedmiotu zamówienia załącznika nr 1 do SWZ.

W przekonaniu Izby - dokonana przez Zamawiającego analiza i ocena spornego przedmiotu zamówienia była jedynie powierzchowna i nie dawała mu podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, w szczególności w sytuacji gdy Zamawiający opierał się jedynie na treści kart katalogowych znajdujących się na stronie internetowej producenta, który zastrzegł, że informacje zawarte w tym dokumencie mogą ulec zmianie bez powiadomienia, co Zamawiający przyznał oświadczając, że w istocie takie zastrzeżenie w karcie katalogowej tych produktów istnieje.

Zamawiający również na rozprawie potwierdził, że na karcie katalogowej jest również klauzula o tym, że HP nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek braki występujące w dokumentach.

W ocenie Izby - zatem, Zamawiający mając wiedzę o niepewności treści kart katalogowych ze strony producenta oraz o okoliczności wpisania w ofercie Odwołującego powyższego dodatku w nazwie produktu „ProBook” powinien zwrócić się do Odwołującego w trybie przepisu art.223 ust. 1 zd.1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty i ewentualnie niezależnie od tego rozważyć możliwość wystąpienia o takie wyjaśnienia bezpośrednio do producenta.

W myśl przepisu art.223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a zatem w zależności od poczynionych ustaleń Zamawiający może być on zobowiązany do zastosowania przepisu art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że poprawia on w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zdaniem Izby - Odwołujący właśnie taką omyłkę popełnił sporządzając ofertę poprzez umieszczenie słowa „ProBook”, podczas gdy w istocie zaoferował on laptopy HP 255 G7 i G8, a wykreślenie tego wyrazu nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, bowiem o takiej zmianie można byłoby powiedzieć jedynie w sytuacji, gdyby ofertowano produkt

istniejący i próbowano by zastąpić go innym produktem będącym w obrocie.

Wymaga również wskazania, że na rozprawie nie zostały przytoczone przez Zamawiającego żadne dodatkowe argumenty, które wykazywałyby celowe działanie Odwołującego przejawiające się w omyłkowym umieszczeniu powyższego dodatku w nazwie produktu mające na celu narażenie interesu Zamawiającego.

W związku z tym nie można uznać omawianej sytuacji za zmianę treści oferty, skoro w ogóle, co zostało przyznane przez strony takiego sprzętu HP ProBook 255 G7 i G8 nie ma, a w istocie został zaoferowany produkt HP 255 G7 i G8.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że nie jest poprawne rozumowanie Zamawiającego, że poprawienie oferty Odwołującego jest równoznaczne ze zmianą oferty.

Za nieuzasadnione pod względem prawnym, Izba uznała obawy Zamawiającego, że może zostać nałożona korekta finansowa zgodnie z pkt 17 załącznika do rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. (poz. 2371) z powodu zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wymaga zauważenia, że ustawa Pzp jest aktem wyższej rangi w stosunku do cyt. wyżej rozporządzenia i instytucje stosujące prawo są zobowiązane do uwzględnienia tej zasady.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Izba w działaniach Zamawiającego dostrzegła naruszenie zasady przejrzystości i proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający w treści SWZ nie przewidział szczegółowego badania próbki w postaci dostarczonego komputera na etapie oceny ofert, a obecnie na tym etapie, wybiórczo posłużył się kartami katalogowymi produktu ze strony producenta, mając świadomość, że mogą one zawierać informacje niepotwierdzone, co zostało przez niego przyznane na rozprawie i w konsekwencji zaniechał wyjaśnienia okoliczności umieszczenia w nazwie produktu dodatku z linii laptopów, która pozostaje w kolizji z modelem i symbolem komputera.

W takiej sytuacji Zamawiający nie miał podstawy prawnej do skorzystania z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Odwołującego, lecz powinien był uprzednio wyjaśnić jej treść zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, a następnie zastosować przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....