Sygn. akt: KIO 40/23

WYROK

z dnia 23 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sępólno Krajeńskie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

   1.2. odrzucenie – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – ofert wykonawców Alltech Spółka Jawna Z. P., A. P. z siedzibą w Płocku oraz Kombit Group Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

   1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Sępólno Krajeńskie i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 2022 r. poz. 1710 z późn. 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: .....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Sępólno Krajeńskie – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia w pn. Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym – Granty PPGR. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00494347.

W dniu 4 stycznia 2023 r. wykonawca Orange Polska S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy Alltech S. J. Z. P., A. P. oraz wykonawcy Kombit Group Sp. z o.o., których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż ww. wykonawcy zaoferowali laptop, który nie spełnia wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego – osiąga wynik 532 w zakresie parametru Productivity w teście Mobile Mark 25, podczas gdy Zamawiający wymagał osiągnięcia wyniku 540 w zakresie parametru Productivity (pkt 5 zał. nr 6 do SWZ), co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Alltech i Kombit Group na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert

złożonych przez wykonawców Alltech i Kombit Group.

Odwołujący wskazał, że 30 grudnia 2022 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę wykonawcy Alltech, na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy Kombit Group, na trzecim oferta Odwołującego. Zdaniem Odwołującego czynność ta jest niezgodna z ustawą, Zamawiający zaniechał bowiem odrzucenia ofert ww. wykonawców, których treść była niezgodna z jednoznacznie określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, a tym samym podlegały one odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w punkcie 5 załącznika nr 6 do SWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny określił wymaganie, zgodnie z którym oferowany laptop miał osiągać w teście Mobile Mark 25 w parametrze Productivity wynik 540 punktów. Zarówno wykonawca Alltech, jak i Kombit Group zaoferowali laptop Lenovo V15 G2 V15 G2 W11Home Ryzen 3 5300U/8GB/ 256GB/INT/ 15.6 FHD (V15 G2 82KD00FYPB), co wynika z zał. nr 1 do Formularza oferty. Laptop ten dla parametru Productivity w teście Mobile Mark 25 osiąga 532 punkty, a zatem nie spełnia wymagania 540 punktów, które zostało określone w sposób jednoznaczny przez Zamawiającego. Na dowód Odwołujący załączył wydruk wyniku testu

Mobile Mark 25 dla laptopa Lenovo V15 G2 V15 G2 W11Home Ryzen 3 5300U/8GB/ 256GB/INT/ 15.6 FHD (V15 G2 82KD00FYPB).

Odwołujący stwierdził, że wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był odrzucić oferty złożone przez wykonawców Alltech i Kombit Group jako oferty, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. V pkt 1 SWZ: Przedmiotem zamówienia jest dostawa 372 szt. laptopów w ramach realizacji projektu grantowego „Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym – Granty PPGR". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 6 do SWZ.

W poz. 5 załącznika nr 6 do SWZ Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące wydajności:

Notebook w oferowanej konfiguracji musi osiągać w teście Bapco Mobile Mark25 wyniki nie gorsze niż:

- Productivity – minimum 540 punktów
- DC Performance – minimum 530 pkt
- MobileMark 25 indeks – minimum 540 pkt

Zamawiający nie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie ww. wymagań.

Wykonawcy Alltech oraz Kombit Group zaoferowali laptopy, które w złożonych przez tych wykonawców załącznikach nr 1 do formularza ofertowego zostały opisane w następujący sposób:

Nazwa	Typ	Model	Link do strony producenta
Alltech:			
Lenovo	V15 G2	V15 G2 W11Home Ryzen 3 5300U/8GB/ 256GB/INT/ 15.6 FHD	
Kombit Group:			
Lenovo	Notebook	V15 G2 82KD00FYPB	ducts/laptops-and-netbooks/lenovo-v- series-laptops/v15g2alc?linkTrack=Hom epage%3ABody_Br owse%20Products &searchType=0&ke yWordSearch=

Pismem z 30 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Alltech jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że w rozpoznawanej sprawie zaistniały przesłanki

odrzucenia ofert wykonawców Alltech oraz Kombit Group na ww. podstawie prawnej.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający wymagał, aby notebook w oferowanej konfiguracji osiągał w teście Bapco Mobile Mark25 wynik Productivity – minimum 540 punktów. Wymaganie to ma bez wątpienia charakter merytoryczny, a jego niespełnienie świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący załączył do odwołania wydruk wyników testu Mobile Mark 25 z 23 grudnia 2022 r., z którego wynika, że oferowany przez ww. wykonawców sprzęt w zakresie productivity osiąga wynik 532 punktów. Ponadto Odwołujący przedłożył na rozprawie wydruk opublikowanego na stronie Bapco testu z 7 stycznia 2023 r., potwierdzający taki sam wynik. O ile pierwszy z tych testów został wykonany na sprzęcie z systemem operacyjnym Microsoft Windows 10 Home, mimo że zaoferowany laptop zgodnie ze specyfikacją producenta jest wyposażony w system Microsoft Windows 11 Home, to drugi ze złożonych przez Odwołującego testów dotyczy sprzętu z system takim, jak w zaoferowanym sprzęcie. Ponadto parametry testowanego laptopa wyszczególnione w wydruku zgadzają się z parametrami zaoferowanego urządzenia.

W ocenie Izby Zamawiający nie zakwestionował skutecznie powyższego dowodu ani nie przedstawił wystarczających dowodów przeciwnych.

Zamawiający podnosił wątpliwości co do tego, czy sprzęt, którego dotyczy test przedstawiony przez Odwołującego, jest tożsamy z zaoferowanym, nie sfomułował jednak w tym zakresie konkretnych zastrzeżeń, nie wskazał parametrów, które różniłyby urządzenie testowane od urządzenia będącego przedmiotem oferty. Zamawiający wywodził jedynie, że zaoferowane urządzenie posiada Part Number 82KD00FYPB, podczas gdy w wydruku testu w pozycji Motherboard Type wskazano inny numer (LNVNB161216). Powyższe wnioskowanie należy uznać za błędne, biorąc pod uwagę, że oba ww. numery oznaczają co innego: part number to numer seryjny urządzenia, natomiast Motherboard Type to oznaczenie płyty głównej komputera. Nie może to w żadnej mierze świadczyć o tym, że przedstawiony przez Odwołującego test dotyczy innego urządzenia. Co więcej, sam Zamawiający przedstawił test dla urządzenia z takim samym oznaczeniem Motherboard Type (LNVNB161216). Argumentację Zamawiającego w tym zakresie należy więc uznać za całkowicie chybioną.

Dalej zauważenia wymaga, że to przedstawiony przez Zamawiającego (jako otrzymany od firmy Bapco) test dotyczy urządzenia o innej konfiguracji. Jak słusznie wskazał Odwołujący, sprzęt objęty tym testem wyposażony jest w pamięć RAM dwukanałową o częstotliwości 2667 MHz, a w modelu zaoferowanym – zgodnie ze specyfikacją na stronie producenta – jest pamięć jednokanałowa o częstotliwość 3200 MHz. Okolicznością przyznaną przez Zamawiającego jest to, że taka różnica w zakresie pamięci RAM ma wpływ na wynik testu Mobile Mark 25. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, który wskazywał, że w SWZ nie określił wymagań dotyczących rodzaju pamięci RAM, poza tym, że ma być to pamięć minimum 8 GB. Zamawiający przyznał przy tym, że weryfikując spełnianie wymagań w zakresie wydajności nie uwzględniał rodzaju pamięci w zaoferowanym sprzęcie. Stanowisko to jest błędne, należy bowiem wziąć pod uwagę, że zgodnie z wymaganiem SWZ wymaganie w zakresie liczby punktów w teście Mobile Mark 25 odnosiło się wyraźnie do notebooka w oferowanej konfiguracji. Nie ma zatem wątpliwości, że wymaganą liczbę punktów w zakresie productivity powinno spełniać urządzenie w takiej konfiguracji, jaka jest przedmiotem oferty, włącznie z rodzajem pamięci RAM, która jest istotna z punktu widzenia wyników testu. Nie ma przy tym żadnego znaczenia brak szczegółowych wymagań SWZ w odniesieniu do tego parametru. W związku z powyższym trudno uznać za dowód na spełnianie wymagań w zakresie wydajności wiadomości mailowej informatyka – członka komisji przetargowej, stwierdzającej zgodność zaoferowanych laptopów z SWZ. Z wiadomości tej nie wynika, że konkretnie ten wymóg był weryfikowany, a nawet jeśli tak było, to stanowisko prezentowane na rozprawie pokazuje, że

weryfikacja ta nie dotyczyła dokładnie takich samych urządzeń, jak zaoferowane (w zaoferowanej konfiguracji).

Odnosząc się do dowodów w postaci wyników testów przekazanych przez wybranego wykonawcę, na które powołał się Zamawiający, wskazać należy, że są to dowody powstałe po wniesieniu odwołania i powołane w odpowiedzi na odwołanie, ich odpisy powinny zatem być – zgodnie z art. 507 ustawy Pzp – przekazane stronie przeciwnej. Zamawiający natomiast nie załączył tych dowodów do odpisu odpowiedzi na odwołanie, przekazując je jedynie do Izby wraz z dokumentacją postępowania. Już tylko z tego powody dowody te nie mogły być wzięte pod uwagę jako potwierdzające stanowisko Zamawiającego. W tej sytuacji na marginesie jedynie należy zauważyć, że wybrany wykonawca przekazał Zamawiającemu trzy testy, z których każdy potwierdzał inną liczbę punktów w zakresie wydajności. Jednocześnie wykonawca ten nie przystąpił do postępowania odwoławczego, rezygnując z możliwości wyjaśnienia powyższych rozbieżności oraz wykazania zgodności zaoferowanych laptopów z SWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie argumentacja Zamawiającego odwołująca się do udzielonych wyjaśnień do treści SWZ. Zauważenia wymaga, że przywołane przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania dotyczą innych parametrów niż productivity, w żadnej z tych odpowiedzi Zamawiający nie obniżył wymagań dotyczących wydajności.

Odnosząc się do zgłoszonych przez Zamawiającego wniosków o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony oraz z opinii biegłego, Izba stwierdziła, że wnioski te nie zasługiwały na uwzględnienie. W zakresie dowodu z przesłuchania strony Zamawiający wnosił o przesłuchanie pana Marcina Jarskiego i pani Anny Sotkiewicz-Tumianik – pracowników Zamawiającego. Wniosek ten sformułowany był błędnie, zważywszy że w charakterze strony będącej osobą prawną mogą być przesłuchane osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania – w rozpoznawanej sprawie jest to Burmistrz Gminy (art. 300 § 1 Kpc per analogiam). Nie mogą więc być przesłuchani w charakterze strony pracownicy Zamawiającego, w tym będący jego pełnomocnikami w postępowaniu odwoławczym. Niezależnie od tego zauważenia wymaga, że wniosek o przeprowadzenie takiego dowodu na fakty wskazane w odpowiedzi nie zawiera

wystarczającego sprecyzowania tezy dowodowej. Również we wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego teza dowodowa nie została skonkretyzowana w sposób umożliwiający skierowanie do biegłego precyzyjnych pytań (dotyczy to również Odwołującego, który poparł wniosek o powołanie biegłego). Niezależnie od powyższego, Izba uznała ten wniosek za zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy i powołany dla zwłoki. Izba

stwierdziła, że fakty istotne dla sprawy zostały ustalone na podstawie dowodów przedstawionych przez strony postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w świetle przedstawionych dowodów oferta wykonawcy wybranego nie spełniała wymagań dotyczących wydajności oferowanych laptopów. To samo dotyczy wykonawcy Kombit Group, który zaoferował takie samo urządzenie w tej samej konfiguracji, co potwierdza wskazana w jego ofercie strona internetowa ze specyfikacją sprzętu. Tym samym oferty obu wykonawców podlegają odrzuceniu, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: .....