

**WYROK**

Warszawa, dnia 28 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, działające w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Publicznej (wskazanych w Załączniku nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia)**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Orange Polska S.A w Warszawie**

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania,**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska S.A w Warszawie i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
  - 3.2. **zasądza od wykonawcy Orange Polska S.A w Warszawie na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 1867/24

**Uzasadnienie**

Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, działające w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Publicznej (wskazanych w Załączniku nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia), zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 marca 2024 r., Dz. U. S. 48/2024 nr 141325-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 27 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez odrzucenie jego oferty z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy wszystkie urządzenia zaoferowane przez niego, w tym urządzenie zaoferowane w grupie 2 – Samsung Galaxy A54 5G EE, spełniają wszystkie wymagania wyspecyfikowane w dokumentacji Postępowania, w tym w zakresie typu i wydajności procesora, a Zamawiający interpretuje postanowienia załącznika nr 2 do SWZ – Specyfikacja techniczna urządzeń (dalej jako: „Specyfikacja techniczna”) niezgodnie z jej brzmieniem czyniąc dokumentację postępowania wewnętrznie sprzeczną i wprowadzając tym samym na etapie badania i oceny ofert nowe wymagania wobec oferowanych urządzeń,
2. art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. (dalej jako: „Orange” lub „przystępujący”) do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 7 SWZ – kart katalogowych urządzenia lub specyfikacji urządzenia lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta dotyczących zaoferowanego przez Orange urządzenia iPhone 15 Plus 512GB producenta Apple, w sytuacji, gdy dokumenty przedmiotowe dołączone do oferty Orange dot. tego urządzenia nie potwierdzają spełniania wszystkich parametrów wyspecyfikowanych w Specyfikacji technicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
3. ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty,
4. wezwania Orange do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych - kart katalogowych urządzenia lub specyfikacji urządzenia lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta dotyczących urządzenia iPhone 15 Plus 512GB producenta Apple potwierdzających wszystkie wymagania, o których mowa w Specyfikacji technicznej dla urządzeń z grupy 4.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga dostawy telefonów komórkowych i modemów. Odwołujący wskazał, że zaoferował urządzenia zgodne z SWZ, z których jedno – Samsung Galaxy A54 5G EE zaoferowany w grupie 2 – zostało przez Zamawiającego nieprawidłowo ocenione jako niespełniające wymagań w zakresie typu procesora. W informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający wskazał jedynie, że *„Procesor Exynos 1380 jest mniej wydajny niż procesory wymagane przez Zamawiającego dla grupy 2 urządzeń (telefonów komórkowych). Powyższe potwierdziły również przeprowadzone testy. Procesor Exynos 1380 uzyskał gorszy wynik w badaniu Single Core od najłabszego z wymaganych, tj. procesora Dimensity 7030, uzyskał bowiem wynik 1016 punktów w porównaniu do 1047 punktów procesora Dimensity 7030. W związku z powyższym, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Zdaniem odwołującego, Zamawiający wywodzi więc niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia z faktu, że procesor Exynos 1380 znajdujący się w jednym z zaoferowanych przez niego telefonów – Samsung Galaxy A54 5G EE, w badaniu Single Core wykonanym w ramach testu Geekbench, uzyskał słabszy wynik niż najlepszy z procesorów wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ – Specyfikacja techniczna urządzeń (dalej jako: „Specyfikacja techniczna”). Zamawiający przyjął więc do porównania benchmark Geekbench pomijając zupełnie benchmark AnTuTu, pomimo że dopuścił ten benchmark w Specyfikacji technicznej.

Odwołujący wskazał, że w wymaganiu dot. procesora dla urządzeń z grup 1-4 Zamawiający w pierwotnej dokumentacji zawarł następujące wymaganie: *„Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych).”*

Kolejno odwołujący wskazał, że w toku Postępowania wpłynęło pytanie dotyczące ww. wymagania:

*„(...) Prosimy o potwierdzenie, że wspomniany wymóg zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca zaoferuje jakikolwiek telefon o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych w specyfikacji dla danej grupy, który jednocześnie będzie wyposażony w procesor osiągający w co najmniej jednym z benchmarków (Antutu lub Geekbench), wynik lepszy od któregośkolwiek (przynajmniej jednego) z procesorów wyszczególnionych przez Zamawiającego w danej grupie.*

*Z uwagi na to, że istnieją różne wersje testów Antutu i Geekbench, prosimy również o potwierdzenie, że ocena wydajności procesorów nastąpi w oparciu o benchmarki Antutu 10 lub GeekBench 6 Single-Core lub GeekBench 6 Multi-Core.”*

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe pytanie (pytanie nr 1 opublikowane wraz z odpowiedzią w dniu 22 kwietnia 2024 r.), Zamawiający potwierdził, że *„wymaganie dot. szybkości procesora będzie spełnione, jeżeli urządzenie uzyska lepszy wynik od wskazanego w wymaganiach w dowolnym, jednym z programów: Antutu 10 (lub nowszym) lub Geekbench 6 (lub nowszym). Wykonawca może wybrać program, w którym test zostanie przeprowadzony, jednak wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL).*

*W związku z powyższym w załączniku nr 2 do SWZ, w opisie dotyczącym procesora, Zamawiający w kolumnie pierwszej doprecyzowuje opis nadając mu następujące brzmienie: Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych, procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL).”*

Zdaniem odwołującego z powyższej odpowiedzi oraz dokonanej modyfikacji Specyfikacji technicznej wynika, że w przypadku zaoferowania urządzenia posiadającego inny niż wyszczególniony procesor, procesor ten musi być szybszy w testach AnTuTu lub Geekbench. Zamawiający wprost wskazał, że istotny jest wynik w jednym, dowolnym z wyszczególnionych testów. Wynika to zarówno z literalnego brzmienia Specyfikacji technicznej, jak i zasad logiki – Zamawiający posłużył się określeniem „bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench”, a więc zdanie to byłoby

prawdziwe, gdyby oferowane urządzenia posiadało procesor, który:

- a. osiąga lepszy wynik tylko w benchmarku AnTuTu 10 (lub nowszym),
- b. osiąga lepszy wynik tylko w benchmarku Geekbench 6 (lub nowszym),
- c. osiąga lepszy wynik zarówno w benchmarku AnTuTu 10, jak i w benchmarku Geekbench 6 (lub nowszych).

Zdaniem odwołującego wobec tego Zamawiający nie może aktualnie wymagać urządzenia, które jest lepsze de facto w obu benchmarkach.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez niego w grupie 2 urządzenie Samsung Galaxy A54 5G EE z procesorem Exynos 1380, spełnia ww. wymóg – zawarty w urządzeniu procesor w testach AnTuTu 10 jest bardziej wydajny niż jeden z wyszczególnionych przez Zamawiającego procesorów – Mediatek Dimensity 7030. Do oceny wydajności procesora Wykonawca przyjął wyniki testów AnTuTu 10, do czego był uprawniony – w odpowiedzi na powyżej przytoczone pytanie Zamawiający wskazał bowiem, że wybór testu należy do wykonawcy. Wykonawca przygotowując i wyceniając ofertę bazował na wynikach testów ww. procesorów przeprowadzonych przez siebie jak i opublikowanych na stronie branżowej – pod adresem <https://nanoreview.net/en/soc-compare/samsung-exynos-1380-vs-mediatek-dimensity-7030#antutu>. Wynika z nich, że procesor Exynos 1380 w testach AnTuTu 10 jest sumarycznie o 13% bardziej wydajny od procesora Mediatek Dimensity 7030. Załączył zrzut ekranu z ww. strony. Odwołujący wskazał także, że wyższa wydajność procesora Exynos 1380 od procesora Mediatek Dimensity 7030 w testach AnTuTu 10 nie została zakwestionowana przez Zamawiającego. Nie podważył tego również Orange w piśmie skierowanym do Zamawiającego z dnia 10 maja 2024 r.

Odwołujący wskazał także, że w kolejnej części odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający wskazał: „jednak wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL).” Jednakże w wynikach benchmarku AnTuTu 10 i nowszych nie są prezentowane wyniki testów „single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL)” (choć, jak odwołujący wskazywał w dalszej części odwołania, są one realizowane w ramach tego benchmarku). Wymienione przez Zamawiającego osobne testy – Single Core, Multi Core oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL) są charakterystyczne dla wyników benchmarku Geekbench. Odwołujący oświadczył, że nie miał wątpliwości, iż fragment „procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulcan/OpenCL” odnosi się do testów prowadzonych w benchmarku Geekbench, gdyż wyniki testów podawane są tam w podziale na takie właśnie testy, w przeciwieństwie do benchmarku AnTuTu gdzie wynik podawany jest sumarycznie. Porównanie urządzeń testowanych w benchmarku AnTuTu nie jest zatem problematyczne – porównuje się wynik sumaryczny, co nie jest możliwe w benchmarku Geekbench, który takiego sumarycznego, podsumowującego wyniku nie podaje. Dlatego uzasadnione było wskazanie, które wyniki Zamawiający będzie brał pod uwagę w przypadku testów wykonywanych w benchmarku Geekbench, co Zamawiający uczynił.

Kolejno odwołujący przedstawił sposób prezentacji wyników testu przeprowadzonego wg benchmarków AnTuTu i Geekbench. Wskazał, że w wynikach benchmarku AnTuTu dane końcowe prezentowane są w następujących sekcjach:

1. Ogólny wynik testu
2. Wynik testu CPU (Single-Core + Multi-Core)
3. Wynik testu GPU (Vulcan + OpenCL)
4. Wynik testu MEM (nie brany pod uwagę przez Zamawiającego)
5. Wynik testu UX (nie brany pod uwagę przez Zamawiającego)

Odwołujący wskazał także, że w wynikach benchmarku Geekbench dane końcowe prezentowane są w następujących sekcjach:

1. Wynik testu Single-Core
2. Wynik testu Multi-Core

+ Wynik testu układu graficznego (Vulcan, OpenCL), który widoczny jest np. na testach dołączonych do pisma Orange z dnia 10.05.2024 r., które znajduje się w aktach sprawy.

Zdaniem odwołującego, skoro Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność wyboru testu spośród wskazanych, oczywistym jest, że wymóg, aby „wynik był lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL)” dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na testy Geekbench, w którego wynikach

wymienione testy występują (co widnieje na grafice przedstawionej w odwołaniu). Według odwołującego skoro Zamawiający dopuścił dowolny ze wskazanych benchmark, to wymaganie dot. typu procesora należy rozumieć w ten sposób, że oferowany telefon musi mieć procesor lepszy niż najgorszy z wymienionych w Specyfikacji technicznej według testu AnTuTu, a jeżeli wykonawca powołuje się na testy Geekbench, to ta wyższość musi wynikać z każdego z czterech wskazanych w Geekbench testów – single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL). Jeżeli te testy w wynikach benchmarku AnTuTu nie występują, to oczywiste jest, że Zamawiający nie mógł ich wymagać, gdyż oznaczałoby to, że dowolność wyboru testu jest tak naprawdę fikcyjna.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający miał okazję doprecyzować wymagania SWZ, gdyż w toku postępowania Wykonawca zadał w tym zakresie dodatkowe pytanie uszczegóławiające. Przywołał odpowiedź na pytanie nr 4. Zdaniem odwołującego, Zamawiający odesłał więc do odpowiedzi cytowanej na początku pisma, z której wprost wynika, że wykonawca może wybrać jeden, dowolny test, a skoro tak, to nawet rozbieżności wyników testów nie dyskwalifikują danego procesora, bowiem wystarczające jest, aby oferowany procesor był lepszy w jednym z wyszczególnionych w SWZ – AnTuTu lub Geekbench.

Zdaniem odwołującego, gdyby uznać, że wymagane było przedstawienie wyników testów Single Core, Multi Core oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL) niezależnie od wybranego przez wykonawcę programu do testowania (AnTuTu lub Geekbench), to oznaczałoby to, że Specyfikacja warunków zamówienia, w tym Specyfikacja techniczna jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony Zamawiający dopuścił bowiem wybór jednego, dowolnego testu („wymaganie dot. szybkości procesora będzie spełnione, jeżeli urządzenie uzyska lepszy wynik od wskazanego w wymaganiach w dowolnym, jednym z programów: Antutu 10 (lub nowszym) lub Geekbench 6 (lub nowszym)”), z drugiej zaś wymagałby, aby „procesor był szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulcan/OpenCL”, co sugerowałoby że narzucił jednak testy Geekbench, gdyż tylko one uwzględniają w wynikach taki podział. Jaki cel miałyby zatem wskazanie na dowolność wyboru testu i wskazywanie na test AnTuTu, który w wynikach wprost nie zawiera pozycji dot. Single Core, Multi Core oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL)? Według odwołującego takie działania pozbawione byłoby zasadności, więc przedstawiona powyżej interpretacja, którą on przyjął jest jedyną możliwą i racjonalną.

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający jest zobowiązany do należytego i jednoznacznego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Skoro wprowadza wymóg w zakresie weryfikacji wydajności procesora, wskazując jednocześnie katalog testów, na które wykonawca może się powołać, to powinien mieć wiedzę o zasadach ich przeprowadzania. Abstrahując od tego, że interpretacja zgodnie z którą istotne są wyłącznie wyniki z benchmarku Geekbench, który uwzględnia podział na wskazane testy, oznaczałaby wewnętrzną sprzeczność SWZ, to byłaby ona również niezgodna z literalnym brzmieniem SWZ, oznaczałaby wyinterpretowanie z SWZ dodatkowych wymagań. Według odwołującego Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie dochowując należytej staranności, gwarantując realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 18 pkt 1 Pzp). Precyzyjne i jasne formułowanie wymagań przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie jest dopuszczalne, aby w toku badania i oceny ofert nadawać SWZ inną, niż ustalona przed upływem terminu składania ofert treść. Zgodnie z bogatym i utrwalonym orzecznictwem, jeżeli dokumentacja postępowania budzi wątpliwości, to powinny być one interpretowane na korzyść wykonawcy, który nie jest jej autorem. Skoro Zamawiający dopuścił dowolny, jeden rodzaj testów – AnTuTu 10 lub Geekbench 6, to na etapie oceny ofert nie może wymagać, aby procesor osiągał lepsze wyniki od wymienionych w Specyfikacji procesorów de facto w obu testach – AnTuTu i Geekbench.

Odwołujący argumentował, że nawet gdyby on, wbrew literalnemu i logicznemu brzmieniu Specyfikacji technicznej był zobowiązany do powołania się na testy Single Core, Multi Core oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL), to Zamawiający niesłusznie sięgnął po wyniki testów Geekbench. Benchmark AnTuTu pozwala bowiem na weryfikację tych informacji. Odnosząc się do struktury wyników testów w obu benchmarkach wskazał, że benchmark AnTuTu, jako jeden z dopuszczonych w Postępowaniu programów do testowania wydajności procesorów, testuje zarówno pojedyncze rdzenie procesora (Single Core), jak i wiele rdzeni (Multi Core) jednocześnie, jednak w wynikach nie prezentuje ich rozdzielnie, lecz agreguje do wspólnej wartości „CPU”, która ułatwia porównywanie procesorów i ocenę, który z nich jest lepszy. Jest to zasadne, gdyż w codziennej pracy użytkownik telefonu nie może samodzielnie decydować o wykorzystaniu tylko pojedynczego rdzenia. To oprogramowanie układowe procesora decyduje o tym, który z rdzeni jest przydzielany do wykonania konkretnych operacji i dynamicznie je zmienia, aby zapewnić możliwie najwyższą wydajność urządzenia, użytkownik korzysta więc ze wszystkich rdzeni procesora. Filozofia prezentacji wyników w benchmarku AnTuTu jest uzasadniona i właściwa, gdyż odzwierciedla rzeczywistą wydajność procesora istotną z punktu widzenia

użytkownika.

Odwołujący wskazał, że dostawca benchmarku AnTuTu we własnym artykule dostępnym pod adresem <https://www.antutu.com/en/doc/106921.html> wskazuje, że już od wersji 6.0 tego narzędzia stosowana jest powyższa filozofia, dzięki czemu uzyskiwana jest wyższa wiarygodność pomiarów: *Dodano nowy test procesora*

*Zastosowanie wielordzeniowego procesora spowodowało ograniczenie wydajności sprzętu. W związku z tą sytuacją, Antutu V6.0 dostosowuje elementy testowania procesora i dodaje kilka nowych, opartych na praktycznym zastosowaniu o bardziej praktycznym znaczeniu. Antutu odkryło, że w większości przypadków tylko jeden rdzeń wykonuje pracę, a wiele aplikacji jest słabo wspieranych przez wiele rdzeni. Znacząco zwiększamy udział testów pojedynczego rdzenia. Wszystko to sprawi, że wyniki testów będą bardziej wiarygodne.*

Zdaniem odwołującego wobec tego testy CPU w benchmarku AnTuTu odpowiadają de facto testom Single Core i Multi Core w benchmarku Geekbench. Wobec tego Zamawiający powinien wziąć pod uwagę również testy wykonane w benchmarku AnTuTu, gdyż umożliwił wykonawcy wybór programu, do którego się odwołuje. Gdyby Zamawiający przeprowadził taki test uznałby, że zaoferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania, a jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Zdaniem odwołującego również wyniki testów układu graficznego (Vulcan, OpenCL) da się odczytać z wyników z benchmarku AnTuTu. Sekcja GPU (od ang. graphics processing unit – jednostka obliczeniowa znajdująca się w kartach graficznych) występująca w wynikach testów AnTuTu dotyczy bowiem procesora graficznego. Testy układu graficznego (Vulcan, OpenCL) w benchmarku Geekbench odpowiadają de facto testom GPU w benchmarku AnTuTu. Wobec tego Zamawiający nawet na podstawie wyników z benchmarku AnTuTu mógł zweryfikować, że zaoferowany przez niego Samsung A54 5G EE z procesorem Exynos 1380 spełnia wymagania Specyfikacji technicznej.

Odwołujący podniósł, że w związku faktem, że w SWZ nie zostały określone procedury realizacji testów we wskazanych benchmarkach, na etapie selekcji urządzeń opierał się na powszechnie dostępnych wynikach publikowanych w Internecie przez wyspecjalizowane w realizacji testów firmy. Zdaniem odwołującego wyniki wskazane na portalu Nanoreview (link i zrzut ekranu w ust. IX powyżej), wykazują wyższą wydajność procesora Exynos 1380 w porównaniu z procesorem Dimensity 7030, zarówno w zakresie CPU, GPU, jak i sumarycznie. Na zamieszczonym na str. 5 odwołania zrzucie ekranu świadczą o tym pola zaznaczone zielonym kołem. Dowodzi to, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego, w tym w zakresie wydajności procesora nawet jeżeli weźmiemy pod uwagę występujące w AnTuTu odpowiedniki wskazanych przez Zamawiającego rodzajów testów występujących w Geekbench. Zdaniem odwołującego potwierdzają to również testy przeprowadzone przez niego. Załączył zrzut ekranu.

Kolejno odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty powołał się na wyniki testów, które przeprowadził. Według odwołującego SWZ nie zawiera postanowień dot. testowania procesorów zawartych w oferowanych urządzeniach. Jeżeli Zamawiający zamierzał przeprowadzić testy urządzeń, to powinien opisać w SWZ ich procedurę oraz warunki ich przeprowadzania. Brak ujednoliconej procedury testowania ma w tym przypadku szczególne znaczenie, gdyż na wyniki testów wydajności procesorów w ww. benchmarkach znaczący wpływ mają zmienne czynniki zewnętrzne. Odwołujący wskazał, że AnTuTu i Geekbench nie są oficjalnymi narzędziami do porównywania telefonów komórkowych. Producenci urządzeń odcinają się od wyników tych testów m.in. z uwagi na to, że testy te są de facto nieporównywalne. Na wynik może bowiem wpływać np. temperatura otoczenia, temperatura procesora, stan baterii, zużycie aparatu, warunki, w jakich jest wykonywany test, dostęp do sieci, oprogramowanie urządzenia itp., a więc czynniki zupełnie niezwiązane z wydajnością samego procesora. Dlatego na różnych stronach internetowych zawierających wyniki takich testów, możemy znaleźć różne wartości końcowe.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający, pomimo nie przewidzenia w SWZ możliwości samodzielnej weryfikacji zgodności oferowanych urządzeń, przeprowadził testy urządzeń przy czym z informacji stanowiącej załącznik do protokołu Postępowania nie wynika nawet w jakich warunkach testy te zostały przeprowadzone (w oparciu o jakie konkretne urządzenia (nie były to urządzenia dostarczone przez niego jako próbka, gdyż Zamawiający nie wprowadził takiego wymagania), w jakiej konfiguracji etc.). Analogicznie w przypadku testów przeprowadzonych przez Orange, których wyniki zostały dołączone do pisma Orange z 10 maja 2024 r. Wobec tego testy te w jakikolwiek sposób nie dowodzą niższej wydajności procesora Exynos 1380 względem procesora Dimensity 7030, a co za tym idzie nie świadczą o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał, że niejednołitość wyników testów wynika nawet z testów, których wyniki znajdują się w dokumentacji postępowania – w wynikach testów przeprowadzonych przez Zamawiającego w benchmarku Geekbench w teście Single Core Samsung A54 5G EE z procesorem Exynos 1380 uzyskał wynik 1016 pkt do 1047 pkt dla procesora Dimensity 7030, zaś z takim samym teście przeprowadzonym przez wykonawcę Orange Polska S.A. wyniki te nie były już takie same – procesor zamontowany w zaoferowanym przez Odwołującego urządzeniu uzyskał 1019 pkt w stosunku do 1046 pkt uzyskanych przez procesor

referencyjny Dimensity 7030. Analogicznie rozbieżności wynikają z testów przeprowadzonych przez niego.

Odnosząc się do wpływu czynników zewnętrznych na wyniki testów, odwołujący zaprezentował printscreeny z testów, pokazujące wpływ temperatury na końcowy (wynik Wyniki dla Samsunga Galaxy A54 z procesorem Exynos 1380). Odwołujący wskazał, że Samsung w niższej temperaturze uzyskał lepszy wynik niż w testach przeprowadzonych w wyższej temperaturze (595 386 pkt vs 590 256 pkt). Odwołujący przedstawił także wyniki z testów dla Motorola Edge 40 Neo z procesorem Dimensity 7030. W oparciu o nie wskazał, że Motorola uzyskała lepszy wynik w testach przeprowadzonych w niższej temperaturze w porównaniu z testami przeprowadzonymi w wyższej temperaturze (532 754 pkt vs 434 807 pkt). Zdaniem odwołującego powyższe dowodzi, że temperatura ma wpływ na wartość punktową uzyskiwaną w testach przez dane urządzenie. W tabelach umieszczono zestawienie powyższych wyników testów AnTuTu istotnych z punktu widzenia Postępowania, zrealizowanych w normalnej oraz podwyższonej temperaturze. Zdaniem odwołującego powyższe zestawienie wyników dowodzi, że niezależnie od temperatury, w jakiej realizowane są testy, procesor Exynos 1380 znajdujący się w smartfonie Samsung Galaxy A54 EE jest bardziej wydajny niż procesor Dimensity 7030 znajdujący się w Motoroli Edge 40 Neo we wszystkich testach wskazanych przez Zamawiającego (Single Core, Multi Core, Vulcan i OpenCL). Dla przykładu, spadek wydajności układów graficznych (GPU) procesora Exynos 1380 jest niewielki i w wysokiej temperaturze zmienia się zaledwie o 1% względem wyników testów uzyskanych w niższej temperaturze (135 575 pkt → 134 285 pkt), podczas gdy wydajność procesora Dimensity 7030 w takich warunkach pogarsza się o około 50% względem testów w niższej temperaturze (90 410 pkt → 44 526 pkt).

Odwołujący argumentował, że wyniki powyższych testów AnTuTu oraz wyższość procesora Exynos 1380 względem procesora Dimensity 7030 są zbieżne z oficjalnym rankingiem procesorów dostępnym na stronie AnTuTu pod adresem <https://www.antutu.com/en/ranking/soccladder.html>, który agreguje wyniki wszystkich pomiarów wykonywanych przez ten program i jest cyklicznie aktualizowany. „Drabinka wydajności czipów SoC smartfonów” stworzona na podstawie porównania wydajności procesorów i układów graficznych w teście AnTuTu V10 (SoC – „System on Chip” lub w skrócie „czip” – jest układem scalonym łączącym w sobie m.in. procesor z jego rdzeniami CPU, jak i układy graficzne GPU; Exynos 1380, Dimensity 7030, etc. to właśnie takie czipy SoC). Prezentowane w rankingu wyniki są średnią wyników wszystkich modeli telefonów wykorzystujących dany SoC. Drabinka ta w prosty sposób szereguje procesory od najsłabszego na samym dole, do najmocniejszego na górze, każdemu przyporządkowując punkty – obecnie od 2 do 131. Zgodnie z ww. rankingiem procesor Dimensity 7030 (najsłabszy ze wskazanych przez Zamawiającego w SWZ) zdobył 25 punkty, a Exynos 1380 (procesor umieszczony w zaferowanym przez Wykonawcę urządzeniu – Samsung Galaxy A54 5G EE) zdobył 32 punkty. Zaferowane przez Wykonawcę urządzenie posiada więc procesor znacznie lepszy niż referencyjny procesor Dimensity 7030, a zatem spełnia ono wymagania Zamawiającego wyspecyfikowane w załączniku do SWZ.

Kolejno odwołujący wskazał, że analogiczne zmiany wydajności urządzeń w zależności od temperatury możemy zaobserwować również w drugim benchmarku dopuszczonym przez Zamawiającego, tj. Geekbench 6. Odwołujący zaprezentował wyniki uzyskane przez procesor Exynos 1380. Uzyskane wyniki maleją wraz ze wzrostem temperatury.

Kolejno odwołujący podniósł, że również przeprowadził testy ww. urządzeń w benchmarku Geekbench. Uzyskane przez niego wyniki wykazały wyższą wydajność procesora Exynos 1380 w smartfonie Samsung Galaxy A54 EE w porównaniu do procesora Dimensity 7030 w Motoroli Edge 40 Neo zarówno w testach Single Core, jak i Multi Core.

Odwołujący wskazał, że wyniki uzyskane przez niego są odmienne od wyników otrzymanych przez Zamawiającego i Orange, co (tak jak wskazano powyżej) może wynikać np. z odmiennych warunków, w jakich przeprowadzane były testy lub z charakterystyki samego narzędzia, jakim jest benchmark Geekbench. Zamawiający nie określił jednak jakichkolwiek wymagań w zakresie testów, nie wskazał w jakich warunkach oferowane urządzenie ma osiągać wyższą wydajność w zakresie procesora w stosunku do procesorów wymienionych w Specyfikacji technicznej, wobec tego na tym etapie nie może on takich wymagań formułować. Testy przeprowadzone przez niego nie mogą być kwestionowane. Dowodzą one, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania określone w Specyfikacji technicznej.

Zdaniem odwołującego, rozbieżności pomiędzy testami prowadzonymi przy użyciu Geekbench nie są przypadkami odosobnionymi - na oficjalnej stronie internetowej Geekbench znajdziemy szereg wyników o różnych wartościach – niektóre z nich potwierdzają większą wydajność procesora Exynos 1380, a inne procesora Dimensity 7030. Odwołujący zaprezentował przykłady takich wyników.

Według odwołującego, wskazane przypadki rozbieżnych wyników dowodzą, że pojedyncze rezultaty uzyskane za pomocą benchmarku Geekbench mogą być niemiernodajne. Dowodzi to również, że odmienne rezultaty uzyskane przez Zamawiającego, Orange i przez niego nie wynikają z błędów w realizacji testów, ale z charakterystyki narzędzia jakim jest benchmark Geekbench. Powyższe rozbieżności wskazują również, że należy mieć ograniczone zaufanie do wiarygodności narzędzia jakim jest Geekbench. Na stronie Geekbench nie ma oficjalnego rankingu procesorów, który uśredniałby wszystkie wyniki pomiarów uzyskanych za pomocą tego narzędzia, co powoduje, że uzyskiwane rezultaty mogą być niemiernodajne. W tym kontekście widać wyraźną przewagę benchmarku AnTuTu, który agreguje wyniki

wszystkich uzyskiwanych pomiarów i na ich podstawie publikuje oficjalny ranking procesorów, dostępny pod adresem <https://www.antutu.com/en/ranking/soccladder.html>

Podsumowując odwołujący wskazał, że sformułowania zawarte w dokumentacji postępowania wskazują, że wystarczającym jest, aby wydajność procesorów oferowanych urządzeń była wyższa wyłącznie w jednym ze wskazanych benchmarków. Nie jest wymagane, aby oferowane urządzenie posiadało procesor osiągający lepsze wyniki w testach Single Core, Multi Core i układu graficznego wg benchmarku Geekbench w sytuacji, gdy osiąga lepsze wyniki w benchmarku AnTuTu. Nawet jeżeli uznać, że Odwołującego obciąża wewnętrzna sprzeczność SWZ i powinien wbrew jej brzmieniu zaoferować urządzenie osiągające lepsze wyniki w testach Single Core, Multi Core oraz układu graficznego, pomimo, że takie testy w benchmarku AnTuTu nie występują, to oferowane w grupie 2 urządzenie spełnia takie wymagania. Według benchmarku AnTuTu procesor umieszczony w zaoferowanym przez niego w grupie 2 Samsungu Galaxy A54 EE - Exynos 1380 jest wydajniejszy od referencyjnego procesora Dimensity 7030 zamontowanego w Motoroli Edge 40 Neo, zarówno ogólnie, jak i w podziale na odpowiedniki Single Core, Multi Core oraz testy układu graficznego. Co więcej według przeprowadzonych przez niego testów procesor ten jest również bardziej wydajny według benchmarku Geekbench w testach Single Core, Multi Core oraz układu graficznego. Zamawiający nie określił jakichkolwiek zasad testowania procesorów, wobec tego nie może na tym etapie kwestionować sposobu ich przeprowadzania. Mając powyższe na uwadze, odwołujący argumentował, że Zamawiający błędnie uznał jego ofertę za niezgodną z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdz. VI ust. 1 pkt 7 SWZ *Zamawiający wymaga, by Wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia (telefony komórkowe i modemy) spełniają określone przez Zamawiającego wymagania lub cechy, złożył wraz z ofertą dokument (kartę katalogową urządzenia lub specyfikację urządzenia lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta), potwierdzający spełnianie przez każde oferowane w pkt 9 Formularza oferty urządzenie wszystkich parametrów określonych w Specyfikacji technicznej urządzeń stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ.*

Odwołujący zarzucił, że wykonawca Orange w grupie 4 zaoferował m.in. urządzenie model Apple iPhone 15 Plus 512GB + oryginalna ładowarka, producent Apple Inc. Do oferty Orange dołączył zrzut ze strony internetowej <https://support.apple.com/pl-pl/111830> zawierającej dane techniczne urządzenia Apple iPhone 15 Plus. W dokumencie dołączonym do oferty Orange nie potwierdzono spełniania wszystkich parametrów określonych w Specyfikacji technicznej. W dokumencie tym brak bowiem informacji na temat wielkości pamięci RAM oraz pojemności akumulatora w mAh deklarowanej przez producenta. Wbrew rozdz. VI ust. 1 pkt 7 SWZ Orange nie potwierdził więc wszystkich parametrów określonych w Specyfikacji technicznej urządzeń, mimo to Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie ww. parametrów i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Orange Polska S.A. w Warszawie. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. W sprzeciwie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 107 ust. 2 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM.

Kolejno ustalono, że w Rozdziale VI. SWZ - opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania - zamawiający przewidział m.in.:

5. Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego zamówienia wyspecyfikował cztery grupy telefonów komórkowych oraz jedną grupę modemów do transmisji danych, których wymagania techniczne określone zostały w załączniku nr 2 do SWZ, stanowiącym Specyfikację techniczną urządzeń.
7. Zamawiający wymaga, by Wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia (telefony komórkowe i modemy) spełniają określone przez Zamawiającego wymagania lub cechy, złożył wraz z ofertą dokument (kartę katalogową urządzenia lub specyfikację urządzenia lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta), potwierdzający spełnianie przez każde oferowane w pkt 9 Formularza oferty urządzenie wszystkich parametrów określonych w Specyfikacji technicznej urządzeń stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ.
8. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w ust. 7 wraz z ofertą lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

(por. SWZ, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w Załączniku nr 2 do SWZ - Specyfikacja techniczna urządzeń w wymaganiu dot. procesora dla urządzeń z grup 1-4 Zamawiający w pierwotnej dokumentacji zawarł następujące wymaganie: „Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych)”. W ramach grupy 2 telefonów wyszczególniono procesory: Exynos 1380 lub Dimensity 8300 Ultra lub Dimensity 7030 (por. załącznik nr 2 do SWZ, w wersji pierwotnej).

Kolejno ustalono, że w toku postępowania do zamawiającego wpłynęło pytanie nr 1 jednego z wykonawców dotyczące ww. wymagania o treści:

*W Opisie Procesora dla grup 1-4 Zamawiający zawarł następujące wymaganie:*

*„Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych)”.*

*Zgodnie z tym wymaganiem Zamawiający dopuszcza zaoferowanie przez Wykonawcę urządzenia z procesorem innym niż wyszczególniony, jednak warunek jaki musi spełniać procesor takiego urządzenia, aby spełniał wymagania, został określony w sposób pozwalający na co najmniej dwie rozbieżne interpretacje. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o doszczegółowienie go i potwierdzenie, że przyjęta przez nas interpretacja jest zgodna z intencją Zamawiającego.*

*Prosimy o potwierdzenie, że wspomniany wymóg zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca zaoferuje jakikolwiek telefon o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych w specyfikacji dla danej grupy, który jednocześnie będzie wyposażony w procesor osiągający w co najmniej jednym z benchmarków (Antutu lub Geekbench), wynik lepszy od któregośkolwiek (przynajmniej jednego) z procesorów wyszczególnionych przez Zamawiającego w danej grupie.*

*Z uwagi na to, że istnieją różne wersje testów Antutu i Geekbench, prosimy również o potwierdzenie, że ocena wydajności procesorów nastąpi w oparciu o benchmarki Antutu 10 lub GeekBench 6 Single-Core lub GeekBench 6 Multi-Core.*

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na powyższe pytanie w dniu 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*„Zamawiający potwierdza, że wymaganie dot. szybkości procesora będzie spełnione, jeżeli urządzenie uzyska lepszy wynik od wskazanego w wymaganiach w dowolnym, jednym z programów. Antutu 10 (lub nowszym) lub Geekbench 6 (lub nowszym). Wykonawca może wybrać program, w którym test zostanie przeprowadzony, jednak wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL).*

*W związku z powyższym w załączniku nr 2 do SWZ, w opisie dotyczącym procesora, Zamawiający w kolumnie pierwszej doprecyzowuje opis nadając mu następujące brzmienie: Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych, procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL).”*

(por. odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 22 kwietnia 2024 r., w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w toku postępowania do zamawiającego wpłynęło pytanie nr 4 jednego z wykonawców o treści:

*Załącznik nr 2 do SWZ - Specyfikacja techniczna urządzeń - zmiana z 12.04.2024 r.*

*Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z*

wyszczególnionych)

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że zamawiający na potwierdzenie większej wydajności procesora od dowolnego z wyszczególnionych wymaga wykonania testu tylko w jednym z zaproponowanych Antutu lub Geekbench. Jednocześnie prosi o potwierdzenie, że wynik testu Antutu nie może zostać podważony poprzez rozbieżny wynik testu Geekbench i odwrotnie.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na powyższe pytanie w dniu 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1.

(por. odpowiedź na pytanie nr 4 z dnia 22 kwietnia 2024 r., w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu złożył m.in. przystępujący i odwołujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący w grupie drugiej zaoferował m.in. telefon: model Samsung Galaxy A54 5G EE, + oryginalna ładowarka zalecana przez producenta sprzętu pozwalająca ładować urządzenie z pełną mocą przez nie obsługiwane, producent Samsung Electronics (wskazać model, nazwę producenta).

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy).

Kolejno odwołujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową, w której wskazano, że telefon ten posiada procesor Exynos 1380.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że przystępujący w grupie 4 zaoferował m.in. urządzenie model Apple iPhone 15 Plus 512GB + oryginalna ładowarka, producent Apple Inc. Do oferty przystępujący dołączył zrzut ze strony internetowej <https://support.apple.com/pl-pl/111830> zawierającej dane techniczne urządzenia Apple iPhone 15 Plus.

W dokumencie tym brak informacji na temat wielkości pamięci RAM oraz pojemności akumulatora w mAh deklarowanej przez producenta.

(por. oferta przystępującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 17 maja 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

(...) ustalono, że zaoferowany przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A., dla grupy 2, model urządzenia (telefonu komórkowego), tj. Samsung Galaxy A54 5G EE, nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie typu procesora. Zamawiający dla ww. grupy telefonów komórkowych wyszczególnił typy wymaganych procesorów, tj. Exynos 1480 lub Dimensity 8300 Ultra lub Dimensity 7030.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wymaga procesora wyszczególnionego lub bardziej wydajnego w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych, procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL. Zaoferowany przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. telefon komórkowy Samsung Galaxy A54 5G EE posiada procesor Exynos 1380, co potwierdza również złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy. Procesor Exynos 1380 jest mniej wydajny niż procesory wymagane przez Zamawiającego dla grupy 2 urządzeń (telefonów komórkowych). Powyższe potwierdziły również przeprowadzone testy. Procesor Exynos 1380 uzyskał gorszy wynik w badaniu Single Core od najslabszego z wymaganych, tj. procesora Dimensity 7030, uzyskał bowiem wynik 1016 punktów w porównaniu do 1047 punktów procesora Dimensity 7030. W związku z powyższym, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

(por. ww. zawiadomienie z dnia 17 maja 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

#### **Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej zarzutu nr 2 odwołania.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 25 czerwca 2024 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2 odwołania.

Zgodnie z art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Z powyższego przepisu wynika uprawnienie przystępującego po stronie zamawiającego, do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze, skoro przystępujący jest uprawniony do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, to

jest także uprawniony do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego tylko niektórych zarzutów odwołania. Przystępujący zdecydował się nie wnosić sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2 odwołania, przez co zarzut ten stał się bezsporny. Powyższe skutkowało koniecznością umorzenia postępowania odwoławczego w tej części. Stosownie bowiem do art. 523 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, rozpoznanie odwołania uzależnione jest od wniesienia sprzeciwu, co – w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania - nie nastąpiło.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w części dotyczącej zarzutu nr 2, podlegało umorzeniu na podstawie stosowanego odpowiednio przepisu art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 2 w zw. z art. 523 ust. 1 w zw. z art. 523 ust. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

### **Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało na uwzględnienie.**

Zasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania.

Zamawiający w zaskarżonej odwołaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 17 maja 2024 r. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia ograniczył się zasadniczo do stwierdzenia, że:

*Zaferowany przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. telefon komórkowy Samsung Galaxy A54 5G EE posiada procesor Exynos 1380, co potwierdza również złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy. Procesor Exynos 1380 jest mniej wydajny niż procesory wymagane przez Zamawiającego dla grupy 2 urządzeń (telefonów komórkowych). Powyższe potwierdziły również przeprowadzone testy. Procesor Exynos 1380 uzyskał gorszy wynik w badaniu Single Core od najsłabszego z wymaganych, tj. procesora Dimensity 7030, uzyskał bowiem wynik 1016 punktów w porównaniu do 1047 punktów procesora Dimensity 7030. W związku z powyższym, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zdaniem Izby tak uzasadniona czynność odrzucenia oferty odwołującego okazała się niezasadna w świetle całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Sformułowanie *Procesor Exynos 1380 uzyskał gorszy wynik w badaniu Single Core od najsłabszego z wymaganych, tj. procesora Dimensity 7030*, oznaczało, że zamawiający wywiódł niezgodność oferty odwołującego z dokumentami zamówienia posługując się wyłącznie benchmarkiem Geekbench. Nie było bowiem sporne między stronami i uczestnikiem, że benchmark Antutu podaje wynik zagregowany CPU dla Single Core i Multi Core. Powyższe wynikało także dowodu z dokumentu – Ekspertyzy nr 3289 – A/B/C sporządzonej dn. 18 czerwca 2024 r. przez ForSec S.A. z siedzibą Al. Wojciecha Korfatego 138, 40-156 Katowice, wykonanej przez Jakuba Muchę Głównego Specjalistę ds. Analiz Urządzeń Mobilnych, czy zrzutów ekranów ukazanych na stronie 5 odwołania. Jeśli zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego powołał się na wynik testu Single Core, to musiało chodzić o wynik osiągnięty w benchmarku Geekbench. Powyższe oznaczało, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zabrakło jakichkolwiek rozważań odnośnie mniejszej wydajności procesora oferowanego od referencyjnego uzyskanego w teście Antutu.

Zdaniem Izby, wykazanie niezgodności oferty odwołującego z dokumentami zamówienia posługując się wyłącznie benchmarkiem Geekbench, w świetle dokumentów zamówienia, w tym SWZ, modyfikacji i odpowiedzi na pytania, było nieprawidłowe. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zabrakło bowiem wywodów na temat tego, czy Procesor Exynos 1380 w oferowanym przez odwołującego urządzeniu jest mniej wydajny niż procesory wymagane przez Zamawiającego dla grupy 2 urządzeń (telefonów komórkowych) także w świetle benchmarku Antutu. W tym kontekście, istotne okazało się dokonanie prawidłowej wykładni treści SWZ, z uwzględnieniem jej modyfikacji i udzielonych odpowiedzi na pytania. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 kwietnia 2024 r. zamawiający odpowiedział:

*„Zamawiający potwierdza, że wymaganie dot. szybkości procesora będzie spełnione, jeżeli urządzenie uzyska lepszy wynik od wskazanego w wymaganiach w dowolnym, jednym z programów: Antutu 10 (lub nowszym) lub Geekbench 6 (lub nowszym). Wykonawca może wybrać program, w którym test zostanie przeprowadzony, jednak wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL).*

*W związku powyższym w załączniku nr 2 do SWZ, w opisie dotyczącym procesora, Zamawiający w kolumnie pierwszej doprecyzowuje opis nadając mu następujące brzmienie: Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych, procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL).”.*

Jak wynikało z pierwszego zdania udzielonej odpowiedzi, intencją zamawiającego nie było zawężanie możliwości uzyskania wyniku jedynie do programu Geekbench 6, gdyż zamawiający wyraźnie wskazał, że można powołać się również na lepszy wynik uzyskany w programie Antutu 10 (lub lepszym). Zamawiający wymieniając oba programy użył wręcz słowa „dowolny”. Powyższe oznaczało, że uzyskanie lepszego wyniku w jednym z wymienionych programów jest wystarczające. Jednocześnie zatem, z uwagi na użycie alternatywy oznaczało to, że negatywny wynik w jednym z programów nie eliminował z postępowania, w sytuacji gdy procesor w oferowanym urządzeniu uzyskał wynik lepszy od procesora referencyjnego w drugim z wymienionych programów.

Tymczasem zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej odwołaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wskazał i nie twierdził, że Procesor Exynos 1380 uzyskał gorszy wynik w badaniu od najłabszego z wymaganych również na podstawie benchmarku Antutu. Odwołujący wykazał natomiast, że wynikach testów ww. procesorów opublikowanych na stronie branżowej – pod adresem <https://nanoreview.net/en/soc-compare/samsung-exynos-1380-vs-mediatek-dimensity-7030#antutu> procesor Exynos 1380 w testach AnTuTu 10 okazał się sumarycznie o 13% bardziej wydajny od procesora Mediatek Dimensity 7030. Zamawiający i wnoszący sprzeciw nie zaprzeczali tej okoliczności.

Wątpliwości interpretacyjne stron i uczestnika wzbudziło drugie zdanie odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 kwietnia 2024 r. i dokonana w ślad za odpowiedzią modyfikacja SWZ. Wnoszący sprzeciw podniósł bowiem w sprzeciwie, że ponieważ test Antutu pokazuje wynik zagregowany (całościowy) dla danego procesora i nie wyszczególnia odrębnie wyniku Single Core i Multi Core, to jednak nie może on wykazać zgodności ani niezgodności parametrów procesora z wymaganiami Zamawiającego. W sprzeciwie przystępujący oświadczył też, że *Sformułowanie „jednak wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulkan, OpenCL)” jest jednoznaczne i nie wymaga interpretacji. Zgodnie z obowiązującymi zasadami interpretacji nie poddaje się jakiegokolwiek interpretacji tego, co jest jasne, czego sens jest oczywisty.*

Zdaniem Izby przywołane stanowisko przystępującego okazało się całkowicie niezasadne.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom wnoszącego sprzeciw sformułowanie użyte w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 kwietnia 2024 r. wcale nie jest jasne. Przy przyjęciu interpretacji wnoszącego sprzeciw, że zdanie drugie odpowiedzi, traktujące o tym, że *wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulkan, OpenCL)*, odnosi się także do testu Antutu, który bezspornie takich wyników nie prezentuje, oznaczałoby, że tak naprawdę wykonawcy mogliby polegać tylko na teście Geekbench 6 (lub nowszym). Powyższa interpretacja zaprzeczałaby zatem regule wynikającej ze zdania pierwszego tej odpowiedzi, z której można było wywnioskować intencję zamawiającego co do pozostawienia wykonawcom wyboru co do benchmarku, to jest Antutu lub Geekbench. Przy przyjęciu interpretacji wnoszącego sprzeciw, pomimo wyraźnej intencji pozostawienia wykonawcom wyboru, de facto tego wyboru wykonawcy byłiby pozbawieni. W tej sytuacji, w ocenie Izby zdanie drugie odpowiedzi należało zinterpretować w ten sposób, że sformułowanie *„wynik musi być lepszy we wszystkich testach: single core, multicore oraz układu graficznego (Vulkan, OpenCL)”* należy odnosić do tego z testów wymienionych w zdaniu pierwszym, w którym takie wyniki testów są prezentowane.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że w ślad za odpowiedzią zamawiający dokonał także modyfikacji wzoru załącznika nr 2 do SWZ. W wyniku modyfikacji zamawiający wymagał wypełniania kolumny wykazu w wierszu zatytułowanym: *Typ procesora (wyszczególniony lub bardziej wydajny w testach Antutu lub Geekbench od dowolnego z wyszczególnionych, procesor musi być szybszy od wyszczególnionego zarówno w testach typu Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL*. Dostrzeżenia wymagało zatem, że w treści zmodyfikowanego załącznika nr 2 do SWZ była już mowa jedynie o testach „typu” Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL, a nie testach Single Core, Multi Core jak i graficznych Vulkan/OpenCL.

Zdaniem Izby, za przyjętą przez Izbę interpretacją dokumentów zamówienia przemawiał także cel udzielonej odpowiedzi.

Zasadność dokonania wykładni również z zastosowaniem reguł wykładni celowościowej, systemowej czy funkcjonalnej wynika stąd, że zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SWZ. Jak wynika z ww. poglądów,

obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że to co jasne, nie podlega interpretacji „clara non sunt interpretanda”. Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „omnia sunt interpretanda”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162).*

Z tego też powodu za całkowicie chybione uznano stwierdzenie przystępującego, jakoby zgodnie z obowiązującymi zasadami interpretacji nie poddaje się jakiegokolwiek interpretacji tego, co jest jasne, czego sens jest oczywisty.

Rozważając cel, jaki przyświecał zamawiającemu, należało wziąć pod uwagę fakt, że w teście Antutu, który podaje wynik globalny (zagregowany) dla procesora, odczytanie, czy procesor oferowany jest szybszy od referencyjnego jest prostsze, gdyż po prostu porównaniu podlega wynik sumaryczny. W przypadku tego testu nie ma potrzeby doprecyzowywania, w jaki sposób należy porównać wynik procesora oferowanego do wyniku procesora referencyjnego. Na gruncie tego benchmarku tym bardziej nie znajduje uzasadnienia doprecyzowywanie, że chodzi o osiągnięte w tym benchmarku wyniki single core, multi core, które w tym teście nie są w ogóle prezentowane.

Inaczej jest jednak w przypadku testu Geekbench 6 (lub nowszego), który nie prezentuje wyniku sumarycznego (globalnego), ale prezentuje wynik właśnie w rozbiciu na Single Core i Multi Core oraz układ graficzny (Vulcan, OpenCL). W tej sytuacji, aby doprecyzować, który wynik ma znaczenie dla porównania procesora oferowanego z procesorem referencyjnym zamawiający mógł określić, że chodzi o wszystkie wyniki, to jest Single Core, Multi Core oraz układu graficznego (Vulcan, OpenCL) W braku takiego doprecyzowania, w przypadku tego benchmarku, nie wiadomo byłoby, o porównanie wyników jakich testów chodzi.

Za koniecznością dokonania takiej wykładni dokumentów zamówienia przemawiała również przyjmowana jednolicie w orzecznictwie Izby zasada, że niejednoznacznych postanowień SWZ nie interpretuje się na niekorzyść wykonawcy. Zasada ta wynika z faktu, że to zamawiający jako gospodarz postępowania i autor dokumentów zamówienia powinien zadbać o ich precyzję i jednoznaczność. W sytuacji gdy postanowienia dokumentów zamówienia są niejednoznaczne, wszelkie wątpliwości w tym zakresie należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, w tym przypadku odwołującego. W ocenie Izby, przy przyjęciu interpretacji wnoszącego sprzeciw, że zdanie drugie spornej odpowiedzi dotyczy także testu Antutu, to co najmniej między zdaniem pierwszym a zdaniem drugim odpowiedzi na pytanie nr 1 istniałaby wewnętrzna sprzeczność. Polegałaby ona na tym, że w zdaniu pierwszym zamawiający jednoznacznie wskazywał, że można się powołać na test Antutu, lecz w zdaniu drugim tę możliwość jednak całkowicie i bez wyjątków odrzucał. W tej sytuacji zaistniała wątpliwość, z wszystkich wskazanych wcześniej przyczyn, należało rozstrzygnąć na korzyść odwołującego.

Biorąc powyższe Izba stwierdziła, że skoro odwołujący wykazał, że w wynikach testów procesorów opublikowanych na stronie branżowej – pod adresem <https://nanoreview.net/en/soc-compare/samsung-exynos-1380-vs-mediatek-dimensity-7030#antutu> procesor Exynos 1380 w testach AnTuTu 10 okazał się sumarycznie o 13% bardziej wydajny od procesora Mediatek Dimensity 7030, to jego oferta nie była sprzeczna z dokumentami zamówienia. Potwierdził się zatem zarzut nr 1 odwołania.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp postanowiła oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki w celu wykazania poniższych okoliczności:

- a) wyniki testów przeprowadzonych w programie Geekbench 6 oraz Antutu 10 nie są równoważne;
- b) wyniki testów przeprowadzonych w programie Geekbench 6 oraz Antutu 10 mogą zostać uznane za miarodajne jedynie wówczas, gdy każdy z tych wyników potwierdza lepszą wydajność parametrów badanego procesora od procesora wymaganego przez Zamawiającego,
- c) wynik testów przeprowadzonych w programie Geekbench 6 oraz Antutu 10 nie potwierdza spełnienia wymaganych

przez Zamawiającego parametrów procesora w przypadku, gdy przynajmniej jeden z wyników testów wykazuje, że procesor w oferowanym telefonie Samsung A54 5G EE jest mniej wydajny od procesora Dimensity 7030.

Izba stwierdziła, że prowadzenie dowodu na ww. okoliczności faktyczne było niezasadne, gdyż oparte zostało o błędne założenia przystępującego sprzeczne z prawidłową wykładnią dokumentów zamówienia, przedstawioną przez Izbę wcześniej. Prawidłowa interpretacja dokumentów zamówienia prowadziła do wniosku, że Zamawiający w postępowaniu przesądził, iż wyniki testów przeprowadzonych w programie Geekbench 6 oraz Antutu 10 będą uznawane za równoważne i że pozytywny wynik w jednym z testów jest wystarczający. Skoro rozstrzygnięcie sprawy wymagało jedynie dokonania interpretacji SWZ, a nie wiadomości specjalnych, to również z tego powodu brak było podstaw do uwzględnienia wniosku przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy za zbyteczne należało uznać czynienie ustaleń i rozważań odnośnie tego czy również w teście Geekbench procesor Exynos 1380 jest bardziej wydajny od procesora Mediatek Dimensity 7030. Skoro bowiem zostało wykazane, że procesor w telefonie oferowanym przez odwołującego jest bardziej wydajny od procesora referencyjnego w teście Antutu, a dla wykazania zgodności wystarczył także pozytywny wynik testu z tego jednego benchmarku, niezależnie od testu Geekbench, to czynienie ustaleń i rozważań na tle drugiego benchmarku okazało się bezcelowe.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba działając na podstawie art. 541 Pzp postanowiła oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki w celu wykazania, że procesor Exynos 1380 w oferowanym przez T-Mobile urządzeniu Samsung Galaxy A54 5G EE jest mniej wydajny w zakresie wyników testu Single Core w programie Geekbench 6 od procesora Dimensity 7030. Izba uznała, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Niezależnie bowiem od ustaleń biegłego, uzyskany pozytywny wynik w drugim z alternatywnie dopuszczonych przez zamawiającego testów, to jest Antutu, przemawiał za tym, iż oferta odwołującego była zgodna z dokumentami zamówienia.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem tych przepisów odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób wskazany w pkt 2 sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik*

*postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem wnoszący sprzeciw. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**