Sygn. akt: KIO 3684/23

WYROK

z dnia 28 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 22 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 grudnia 2023 r. przez odwołującego P. S.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S.z siedzibą w Płocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Olsztynie, przy udziale wykonawcy Multicontrol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 3 *petitum* odwołania, w zakresie w jakim zarzut ten odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Multicontrol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i w części dotyczącej zarzutów 4 i 5 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Multicontrol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a w konsekwencji powyższego, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i Odwołującego, po połowie i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 3684/23

UZASADNIENIE

Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: *„Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach”,* nr postępowania: 2801-ILZ.260.40.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 września 2023 r. nr 2023/S 170-534286.

W postępowaniu tym P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S.z siedzibą w Płocku (dalej: *„Odwołujący”*) 7 grudnia 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, to jest:

1) dokonanego przez Zamawiającego badania i oceny ofert, w wyniku którego oferta Multicontrol sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: *„Multicontrol”*) została oceniona najwyżej, zaś ofert Savicon została odrzucona, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona, a jest ona korzystniejsza od oferty konkurencyjnej;

2) odrzucenia przez Zamawiającego oferty Savicon, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający zaniechał obowiązku poprawienia w ofercie Odwołującego stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;

3) zaniechania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Savicon stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz niedokonania zawiadomienia o tym Odwołującego i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia, zgodnie z przepisami art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp;

4) wyboru przez Zamawiającego oferty Multicontrol jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Savicon, która nie powinna była zostać odrzucona, jest korzystniejsza, tj. zawiera cenę o około 3 000 000 zł niższą, przy tym samym oferowanym okresie gwarancji;

ewentualnie:

5) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Multicontrol, w sytuacji gdy, przy przyjętym przez Zamawiającego podejściu do treści i znaczenia przedmiotowego środka dowodowego – specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, oferta Multicontrol również jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna w związku z tym podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Odwołującego stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz niedokonania zawiadomienia o tym Odwołującego i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Savicon, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona bez poprawienia w niej stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz zawiadomienia o tym Odwołującego i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia;

3)art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób nieproporcjonalny oraz nieprzejrzysty i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, co wynikało z odrzucenia oferty Odwołującego bez poprawienia w niej stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, tj. omyłek dotyczących wyłącznie pobocznego sprzętu, o wartości 57 900 zł (około 0,5% wartości oferty Savicon), a jednocześnie zaniechaniu odrzucenia oferty Multicontrol z powodu wystąpienia tego samego rodzaju niezgodności z warunkami zamówienia, co skutkowało bezzasadnym wyborem przez Zamawiającego oferty o około 3 000 000 zł droższej;

ewentualnie

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multicontrol z powodu wystąpienia tego samego rodzaju niezgodności z warunkami zamówienia co w przypadku oferty Odwołującego;

5)art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, jako niezgodne z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

3)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Savicon;

4)poprawienia w ofercie Savicon stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz zawiadomienia o tym Odwołującego i wyznaczenie mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia, tj.:

- zastąpienie omyłkowo wskazanej przez Odwołującego w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, płyty głównej Asus z790 creator, niezgodnej z dokumentami zamówienia, płytą główną MSI X299 PRO;
- zastąpienie omyłkowo wskazanej przez Odwołującego w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, karty graficznej Gigabyte / GeForce RTX 4080 Ti, niezgodnej z dokumentami zamówienia, kartą graficzną Asus ROG Strix GeForce RTX

4090 24GB GDDR6X;

- zastąpienie omyłkowo wskazanego przez Odwołującego w punkcie 15.4 dot. instalacji teletechnicznych w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, przełącznika sieciowego Cisco C9200-24P-E, niezgodnego z dokumentami zamówienia, przełącznikiem sieciowym WS-C3650-48FQ-S - 48 10/100/1000 Ethernet PoE+ i 4x10G Uplink ports;

5)dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

względnie:

6)unieważnienia dokonanych czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Multicontrol jako niezgodnej z warunkami zamówienia; unieważnienia Postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, jako niezgodne z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Gdyby nie wadliwa czynność Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego zajęłaby pierwsze miejsce, bo jest tańsza od oferty wykonawcy Multicontrol o 3 000 000 zł.

Następnie Odwołujący wskazał, że 27 listopada 2023 r. „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty", Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę Savicon, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dokładnie owa niezgodność polega na tym, że:

1) w wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia wskazana została przez Odwołującego płyta główna Asus z790 creator, która:

a) ma 4 gniazda pamięci, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał w wierszu 4, że ilość gniazd (ang. Slots) pamięci RAM – ma wynosić minimum 8;

b) obsługuje pamięci dwukanałowe, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał w wierszu 4, że wymaga czterokanałowej obsługi pamięci RAM (ang. Quad channel memory suport);

c) posiada 2 gniazda rozszerzeń PCI Express x 16, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał w wierszu 4, że wymaga 4 gniazd rozszerzeń PCI Express x 16;

2) w wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia wskazana została przez Odwołującego karta graficzna Gigabyte / GeForce RTX 4080 Ti, która posiada szynę 320 bit, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał w wierszu 7, że szyna pamięci musi posiadać minimum 352 bit;

3) w wierszu 15 dotyczącym instalacji teletechnicznych w punkcie 4, załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia wskazany został przez Odwołującego przełącznik sieciowy Cisco C9200-24P-E, który nie posiada wymaganych portów SFP+, podczas gdy Zamawiający zgodnie z minimalnymi wymaganiami wskazał w ww. punkcie 4, iż przełączniki sieciowe muszą być wyposażone m.in. w dodatkowe porty 4x min. SFP+. Ponadto Zamawiający wymaga, aby przełącznik posiadał oprogramowanie minimum w wersji IP-Base lub równoważne, zaś wskazany przełącznik posiada oprogramowanie w wersji Essential, które nie posiada tych samych funkcjonalności co IP Base.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe kwestie były przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień, skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 6 listopada 2023 r., na które Odwołujący udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 10 listopada 2023 r. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził, że jego oferta, w sposób przez niego niezamierzony, zawierała w/w omyłki, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, wynikające ze wskazania w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, pobocznych w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia urządzeń, niespełniających wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego. W tym samym piśmie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o poprawienie w jego ofercie, na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w treści pisma.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wskazanym w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący poniósł, że nie uwzględnia ono w sposób należyty sensu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, który wyraża się w dążeniu do uniknięcia konieczności odrzucania ofert zasadniczo prawidłowych, ale obarczonych w sposób niezamierzony błędami, tj. omyłkami, o charakterze marginalnym (w stosunku do całości przedmiotu zamówienia). Ponadto zdaniem Odwołującego stanowisko to nie uwzględnia również dostatecznie wytycznych wynikających z zasady proporcjonalności, określonej w przepisie art. 16 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. W ocenie Odwołującego działaniem proporcjonalnym nie jest zaś odrzucenie zasadniczo prawidłowej oferty złożonej w

Postępowaniu tylko dlatego, że zawiera ona omyłki odnośnie trzech, i to pobocznych w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia, urządzeń, spośród urządzeń-komponentów składających się na przedmiot zamówienia, sumarycznie liczonych w dziesiątkach elementów.

Odwołujący wskazał, że skaner będący przedmiotem zamówienia jest wysoce specjalistycznym urządzeniem o ogromnej wartości. Argumentował, że Zamawiający określił budżet na realizację tego zadania na kwotę 17 000 000,00 zł. Odwołujący wyjaśnił, że złożył w Przetargu ofertę na kwotę 11 999 999,00 zł. Poniósł, że urządzenia, których dotyczą stwierdzone w ofercie Odwołującego omyłki, tj. płyta główna i karta graficzna zwykłego komputera PC oraz przełącznik sieciowy, ani pod względem funkcjonalnym ani wartościowym, nie stanowią takiego elementu przedmiotu zamówienia, co do którego zmiana mogłaby być uznana za istotną. Odwołujący wyjaśnił, że funkcjonalnie są to elementy wyłącznie poboczne (pomocnicze) dla głównego przedmiotu zamówienia, którym jest wielkogabarytowy skaner RTG. Wartościowo stanowią one łącznie około 0,5% całej oferty Odwołującego, tj.:

❖płyta główna komputera: wartość 1 900 zł;

❖karta graficzna komputera: wartość 12 000 zł;

❖przełącznik sieciowy: wartość 44 000 zł.

Zdaniem Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego w tej sytuacji zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i niepoprawienie w treści oferty Odwołującego omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, było niezgodne z celem zamówień publicznych i zasadą proporcjonalności (art. 16 pkt 3 Pzp). Omyłka dotyczyła pobocznego funkcjonalnie i marginalnego z punktu widzenia wartości (w stosunku do całości przedmiotu zamówienia) sprzętu, o łącznej wartości 57 900 zł. Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty z powodu wystąpienia omyłki prowadziło zaś do wyboru jedynej oferty konkurencyjnej, która jest o około 3 000 000 zł droższa. Tak skrajnie posunięty formalizm jest w zamówieniach publicznych całkowicie nieuzasadniony i niezgodny z interesem publicznym. Narusza zarówno ogólny przepis art. 16 pkt 3 Pzp (zasada proporcjonalności), jak i szczegółowy, służący realizacji w praktyce tego pierwszego, przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi: Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący przywołał stanowisko doktryny i orzecznictwa wyrażone w wyroku Izby z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt KIO 1423/22 i wyroku Izby z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2627/21.

Ponadto Odwołujący podniósł, że odmiennie Zamawiający podszedł do oceny oferty wykonawcy Multicontrol. Odwołujący wskazał, że oferta Multicontrol jest obarczona tego samego rodzaju błędami, dotyczącymi tej samej specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, powodującymi niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Są to – zdaniem Odwołującego – uchybienia o charakterze pobocznym, mniejszej wagi. Jednak przyjmując wskazaną wyżej optykę Zamawiającego, zaprezentowaną wobec oferty Savicon, błędy w ofercie Multicontrol również należałoby konsekwentnie uznać za poważne i nieusuwalne, prowadzące do konieczności odrzucenia tej oferty.

Odwołujący wskazał, że w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, w ostatniej rubryce tabeli *„Parametry oferowane przez Wykonawcę”*, należało: zaznaczyć TAK lub NIE oraz uzupełnić wymagane parametry w miejscach, w których Zamawiający zażądał ich wskazania. Wykonawca może umieścić dodatkowo inne informacje mające wpływ na prawidłową identyfikację oferowanych urządzeń/sprzętu itp.2 Multicontrol w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, w pozycji System operacyjny, wskazał:*„MS Windows 10 lub MS Windows 11”.* Odwołujący wskazał, że z tej informacji po pierwsze nie wynika w ogóle jaki parametr (system) został zaoferowany: czy Windows 10 czy Windows 11. Po drugie nie wynika, jaki dokładnie miałby to być system operacyjny (jaki konkretny produkt), o jakich parametrach, w jakiej wersji językowej itd. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający w specyfikacji komputera analitycznego dla systemu OKO stanowiącej załącznik nr 2b do SWZ bardzo szczegółowo, precyzyjnie i jednoznacznie wskazał w punkcie 15 wymagania dla systemu operacyjnego: Fabrycznie nowy, nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu, zainstalowany przez producenta komputera system operacyjny Windows 10 lub 11 (maksymalnie wersja 22H2) Professional 64bit PL lub system równoważny. Dla porównania Odwołujący wskazał, że w jego ofercie, w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, w pozycji System operacyjny, wskazał: *„Windows 11 pro 64bit PL box (wersja 22H2)”.*

Odwołujący podkreślił, że w omawianej specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, Zamawiający nie oczekiwał przepisania przez wykonawców dowolnych parametrów zgodnych z warunkami zamówienia, ale wymagał precyzyjnego wskazania konkretnego, oferowanego przez danego wykonawcę elementu zamówienia (urządzenia, systemu, parametru itd.). Zdaniem Odwołującego wymagania takiego nie spełnia napisanie przez wykonawcę, że oferuje coś lub coś innego, np. MS Windows 10 lub MS Windows 11. Zdaniem Odwołującego bez wskazania o jaki dokładnie (jeden lub drugi) dostępny na rynku produkt chodzi, w sytuacji gdy oba systemy operacyjne występują w różnych wersjach, a Zamawiający wyraźnie wskazał w specyfikacji komputera analitycznego dla systemu

OKO stanowiącej załącznik nr 2b do SWZ w punkcie 15, że tylko niektóre z wersji systemu operacyjnego dopuszcza.

Odwołujący wskazał, że podobnie Multicontrol uczynił w punkcie 10 specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, w pozycji System operacyjny, ponownie wskazując:*„MS Windows 10 lub MS Windows 11”*. Nie podał więc, czego wymagał Zamawiający, konkretnego oferowanego przez siebie sprzętu, tylko ograniczył się do przepisania wynikających z dokumentów Postępowania dowolnych parametrów zgodnych z warunkami zamówienia.

Odwołujący argumentował, że szczegóły dotyczące konkretnego systemu operacyjnego oferowanego przez wykonawcę, które należało wskazać w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, nie były dla Zamawiającego mało istotne i pomijalne. Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał podania w tym zakresie przez wykonawców wręcz drobiazgowych detali. Powyższe Odwołujący wywodzi z sytuacji, jaka miała miejsce w poprzednim postępowaniu, które zostało unieważnione, znak postępowania: 2801-ILZ.260.11.2023. Odwołujący wskazał, że w postępowaniu tym Zamawiający odrzucił, jako niezgodną z warunkami zamówienia, ofertę złożoną przez Konsorcjum z udziałem Odwołującego, m.in. dlatego, że wykonawca w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, podał nazwę handlową oferowanego systemu operacyjnego: Windows 11 Pro 64bit English Box, zaś Zamawiający wymagał systemu operacyjnego w języku polskim. Odwołujący zaznaczył, że nie pomogło tłumaczenie wykonawcy, że jest to tylko nazwa handlowa produktu, który w rzeczywistości jest w wersji wielojęzykowej, w tym oczywiście w języku polskim, i Zamawiający otrzyma komputer z zainstalowanym systemem operacyjnym, zgodnym z wymaganiami zamówienia. Wcześniejszy przetarg został przez Zamawiającego unieważniony, z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, jako niezgodne z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 9.6b dot. komputerowego systemu urządzenia RTG w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, w pozycji Karta graficzna, Multicontrol wskazał:*„DELL NVIDIA® RTX™ A5500, 24 GB pamięci GDDR6, 4 złącza DP, 7960RZ”* zaoferowana karta graficzna posiada 4 złącza DP (Display Port), ale nie posiada żadnego złącza HDMI. Tymczasem Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał w specyfikacji komputera analitycznego dla systemu OKO stanowiącej załącznik nr 2b do SWZ w punkcie 7, że wymaga karty graficznej posiadającej wejścia Display Port i HDMI. Odwołujący przyenzał, że Multicontrol w uwagach do punktu 9.6b wskazał, że komputer zostanie doposażony w przejściówkę DP->HDMI, jednak poza sporem jest to, że zaoferowana karta graficzna nie posiada wymaganego przez Zamawiającego wejścia HDMI. Karta graficzna posiadająca wymagane parametry, w tym przypadku złącze HDMI, to nie to samo co komputer doposażony w przejściówkę DP->HDMI.

W ocenie Odwołującego obydwie złożone w Postępowaniu oferty, są obarczone określonymi nieprawidłowościami, polegającymi na niezgodności z warunkami zamówienia. Nieprawidłowości te w obydwu ofertach są, zdaniem Odwołującego, marginalne, tj. całkowicie poboczne w stosunku to głównego przedmiotu zamówienia, zarówno pod względem funkcjonalnym, jak i wartości. Podstawowym przedmiotem zamówienia jest wielkogabarytowy skaner do prześwietlania pojazdów i kontenerów. Wynika to już z samej nazwy Postępowania: *„Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach”.* Przedmiotowy skaner RTG jest wysoce specjalistycznym urządzeniem o wielkiej wartości. Zamawiający określił budżet na realizację tego zadania na kwotę 17 000 000,00 zł. Odwołujący przypomniał, że złożył w Postępowaniu ofertę na kwotę 11 999 999,00 zł. Urządzenia (podzespoły), których dotyczą nieprawidłowości w obydwu złożonych w Postępowaniu ofertach, są w ocenie Odwołującego, jedynie sprzętem pobocznym (pomocniczym), a ich wartość wynosi ułamek procenta wartości całego zamówienia. W przypadku Odwołującego stwierdzone w ofercie omyłki dotyczą podzespołów zwykłego komputera PC, tj. płyty głównej i karta graficznej, oraz przełącznika sieciowego. Urządzenia te, ani pod względem funkcjonalnym ani wartościowym, nie stanowią takich elementów przedmiotu zamówienia, co do których zmiana mogłaby być uznana za istotną. W ofercie Odwołującego ich wartość stanowi łącznie około 0,5% wartości całej oferty. W takich realiach Postępowania, Zamawiający nie poprawił w ofercie Odwołującego stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, tylko ofertę Odwołującego odrzucił. Odwołujący podkreślił, że jednocześnie Zamawiający nie baczył na tego samego rodzaju uchybienia, polegające na nieprawidłowościach w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, jakim obarczona jest konkurencyjna oferta Multicontrol i ofertę tę wybrał jako najkorzystniejszą, w sytuacji gdy jest ona o około 3 000 000 zł droższa od oferty Odwołującego (przy tym samym zaoferowanym okresie gwarancji, stanowiącym drugie obok ceny kryterium oceny ofert).

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający, w zaskarżonych odwołaniem czynnościach i zaniechaniach, naruszył wskazane w zarzutach sformułowanych w *petitum* przepisy ustawy. Zaistniałe naruszenia wynikały w szczególności z prowadzenia Postępowania w sposób niezgodny z naczelnymi zasadami zamówień publicznych,

wyrażonymi w przepisach art. 16 pkt 1-3 Pzp, tj. zasadami proporcjonalności, przejrzystości, równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji. Skutkowało to naruszeniem dalszych przepisów ustawy, tj. zwłaszcza wskazanych w zarzutach art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W złożonej pismem z 20 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Multicontrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie, w piśmie procesowym Przystępującego, jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba poczyniła następujące ustalenia faktyczne.

W rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej:*„SWZ”*), zawierającym postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i równoważności, Zamawiający wskazał: *„Przedmiotem zamówienia jest modernizacja polegająca na wymianie wielkogabarytowego urządzenia RTG RAPISCAN EAGLE G4500 do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów – na nowy. Lokalizacja: Drogowe Przejście Graniczne w Bezledach. Dokładny opis przedmiotu zamówienia i zakres znajduje się w załączniku nr 2a, 2b, 2c, 2d do SWZ oraz w załączniku nr 3 do SWZ. Na wniosek podmiotu chcącego uczestniczyć wpostępowaniu Zamawiający udostępni / przekaże dokumentację projektową hali RTG oraz budynku obsługi.”*.

W pkt 3 dotyczącym rozwiązań równoważnych, Zamawiający wskazał: *„W przypadku użycia w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia odniesień do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne z opisywanym. Wykonawca analizując dokumentację powinien założyć, że każdemu odniesieniu użytemu w dokumentacji towarzyszy wyraz „lub równoważne".*

W przypadku, gdy w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.(…)”.

Z rozdziału XVII SWZ odnoszącego się do przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wskazał:

„1. Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

a) specyfikację funkcjonalno – techniczną stanowiącą załącznik nr 9 do SWZ,

b) deklarację zgodności CE wydaną przez producenta Urządzenia RTG. 2. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania.

3. Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że w sytuacji, w której Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający jednokrotnie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

4. Postanowień pkt 3 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

5. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”.

W rozdziale XXIV Zamawiający zawarł opis sposobu przygotowania oferty, z którego wynika, że ofertę stanowią m.in. następujące dokumenty:

„1) wypełniony Formularz ofertowy złożony na druku stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ – w formie elektronicznej;

Uwaga: Wykonawca ma obowiązek wskazać w Formularzu ofertowym producenta oraz model i wersję (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanego urządzenia. W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże producenta lub modelu lub wersji (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanych urządzeń Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 223 ustawy Pzp;

2) przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w Rozdziale XVII – w formie określonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie; (…)”.

Z treści załącznika nr 9 do SWZ wynika, że w ostatniej kolumnie wykonawcy mieli podać parametry oferowane przez sprecyzowanie w wyznaczonych do tego miejscach pożądanych przez Zamawiającego danych jak np. producent, czy model.

W załączniku 2b do SWZ zawierającego specyfikację komputera analitycznego dla systemu OKO, Zamawiający w pkt 4 w zakresie płyty głównej wskazał:

„- czterokanałowa obsługa pamięci RAM (ang. Quad channel memory suport),

- ilość gniazd (ang. Slots) pamięci RAM – min. 8;

- gniazda rozszerzeń: PCI Express x1 – min. 2 szt. oraz PCI Express x16 – min. 4 szt.;

- możliwość odczytania z BIOS informacji o: modelu komputera, numerze seryjnym; AssetTag/numerze inwentaryzacyjnym, MAC Adres karty sieciowej, wersji BIOS, zainstalowanym procesorze, ilości pamięci RAM, modelu i pojemności zainstalowanego dysku twardego”.

Z kolei w pkt 7 w zakresie karty graficznej, Zamawiający wskazał:

„- ilość – 1 szt.

- wydajność:

FP16: min. 23 TFLOPS (2:1);

FP32: min. 11,5 TFLOPS;

- szyna pamięci – min. 352 bit;

- pamięć – min. 11 GB, GDDR6;

- rodzaj złącza - PCI Express x16;

- wyjścia: HDMI, Display Port”.

Jak wynika z pkt 9 w zakresie komunikacji przewodowej, Zamawiający wymagał: *„2x Ethernet, obsługująca przepustowości 10/100/1000, ze złączem RJ45. Obsługująca następujące min. ustawienia trybów: 10Mbps half i full dupleks, 100Mbps half i full dupleks oraz Auto”.*

Natomiast w pkt 15 dotyczącym systemu operacyjnego i oprogramowania Zamawiający wskazał: *„Fabrycznie nowy, nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu, zainstalowany przez producenta komputera system operacyjny Windows 10 lub Windows 11 (maksymalnie wersja 22H2) Professional 64bit PL lub system równoważny.*

Parametry równoważności:

- Pełna integracja z domeną Active Directory MS Windows (posiadaną przez Zamawiającego) opartą na serwerach Windows Server;

- Zarządzanie komputerami poprzez Zasady Grup (GPO) Active Directory MS Windows (posiadaną przez Zamawiającego), WMI;

- Zainstalowany system operacyjny nie wymaga aktywacji za pomocą telefonu

Komplet sterowników do poszczególnych podzespołów, w tym dla ww. systemu operacyjnego na nośnikach CD lub DVD lub innych nośnikach elektronicznych . Możliwość pobrania aktualnych sterowników ze strony producenta.”.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i Przystępujący. Każdy z wykonawców złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 9.

Pismem z 6 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, następujących wątpliwości wynikających z treści złożonego przez niego załącznika nr 9 do SWZ:

„I. W wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia zaproponował Pan płytę główną Asus z790 creator.

Z informacji uzyskanych ze strony producenta wynika, że:

a) zaproponowana płyta ma 4 gniazda pamięci, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał wyraźnie w wierszu 4, że ilość gniazd (ang. Slots) pamięci RAM – ma

wynosić minimum 8.
b) zaproponowana płyta obsługuje pamięci dwukanałowe, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał wyraźnie w wierszu 4, że wymaga czterokanałowej obsługi pamięci RAM (ang. Quad channel memory suport).
c) w zaproponowanej płycie znajdują się 2 gniazda rozszerzeń PCI Express x 16, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał wyraźnie w wierszu 4, że wymaga 4 gniazd rozszerzeń PCI Express x 16. (…)
II. W wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia zaproponował Pan kartę graficzną Gigabyte / GeForce RTX 4080 Ti. Z informacji uzyskanych ze strony producenta wynika, że zaproponowana karta graficzna posiada szynę 320 bit, podczas gdy Zamawiający zgodnie z wymaganiami minimalnymi dot. systemu oko, w załączniku 2b do SWZ wskazał precyzyjnie w wierszu 7, że szyna pamięci musi posiadać minimum 352 bit. (…)
III. W wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia nie wskazał Pan w jakim rodzaju obudowy będzie komputer dla systemu OKO. Zamawiający w załączniku 2b do SWZ wskazał precyzyjnie w wierszu 12, iż wymaga obudowy typu Rack o wys. max. 3U, trwale oznaczonej nazwą producenta, nazwą komputera, numerem seryjnym.
W związku z powyższym Zamawiający nie jest w stanie ustalić (np. ze strony producenta) jakim okresem gwarancji objęta jest stacja, jak również czy posiada nagrywarkę. (…)
IV. W wierszu 15 dotyczącym instalacji teletechnicznych w punkcie 4, załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia zaproponował Pan przełącznik sieciowy Cisco C9200-24P-E. Z informacji uzyskanych ze strony producenta wynika, że zaproponowany przełącznik nie posiada wymaganych portów SFP+, podczas gdy Zamawiający zgodnie z minimalnymi wymaganiami wskazał w ww. punkcie 4, iż przełączniki sieciowe muszą być wyposażone m.in. w dodatkowe porty 4x min. SFP+.
Ponadto Zamawiający wymaga, aby przełącznik posiadał oprogramowanie minimum w wersji IP-Base lub równoważne. Zaproponowany przez Pana przełącznik posiada oprogramowanie w wersji Essential, które według wiedzy Zamawiającego nie posiada tych samych funkcjonalności co IP Base."
Pismem z 10 listopada 2023 r. Odwołujący potwierdził, że w ofercie znajdują się wskazane przez Zamawiającego omyłki powodujące niezgodność treści oferty z SWZ, a także wskazał że w jego opinii można te omyłki poprawić na podstawie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp w sposób wskazany w piśmie, tj.:
„❖zastąpienie omyłkowo wskazanej przez Wykonawcę płyty głównej Asus z790 creator, niezgodnej z dokumentami zamówienia, płytą główną MSI X299 PRO, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego;
❖zastąpienie omyłkowo wskazanej przez Wykonawcę karty graficznej Gigabyte / GeForce RTX 4080 Ti, niezgodnej z dokumentami zamówienia, kartą graficzną Asus ROG Strix GeForce RTX 4090 24GB GDDR6X, spełniającą wszystki wymagania Zamawiającego;
❖zastąpienie omyłkowo wskazanego przez Wykonawcę przełącznika sieciowego Cisco C9200-24P-E, niezgodnego z dokumentami zamówienia, przełącznikiem sieciowym Cisco WS-C3650-48FQ-S - 48 10/100/1000 Ethernet PoE+ 4x10G Uplink ports, spełniającym wszystkie wymagania Zamawiającego."
Natomiast w zakresie pkt III Odwołujący wyjaśnił: *„Wykonawca nie wskazał w wierszu 9 dotyczącym komputerowego systemu urządzenia RTG w punkcie 6b), załącznika nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia, w jakim rodzaju obudowy będzie komputer dla systemu OKO, ponieważ w przedmiotowym załączniku Zamawiający nie żądał podania tych informacji.*
Zamawiający oczekiwał podania w tym punkcie jedynie następujących informacji, które Wykonawca wskazał:
Dot.6 b):
Procesor, producent/ model: ……...
Płyta główna, producent/model: ……
Karta graficzna, producent/ model: ……
Pamięć RAM, min.: ……GB
Pamięć masowa:
SSD, min.: ……...TB
HDD, min.: ……TB
System operacyjny: ……
Jednocześnie wyjaśniamy, że zaoferowany przez nas komputer dla systemu OKO będzie w obudowy typu Rack o wys. 3U, trwale oznaczonej nazwą producenta, nazwą komputera, numerem seryjnym. Stacja objęta jest 3-letnią gwarancją producenta komputera liczoną od daty dostawy, świadczoną w miejscu instalacji komputera, jak również posiada nagrywarkę."

Na postawie oferty złożonej przez Przystępującego, Izba ustaliła, że w załączniku 9 pkt 9 Przystępujący wskazałKarta graficzna, producent/ model DELL NVIDIA® RTX™ A5500, 24 GB pamięci GDDR6, 4 złącza DP, 7960R a dodatkow wskazał, że komputer zostanie doposażony m.in. w przejściówkę DP->HDMI. Ponadto w tym samym miejscu Przystępujący wskazując system operacyjny podał: *„System operacyjny: MS Windows 10 lub MS Windows 11”.*
Pismem z 27 listopada 2023 r., Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący potwierdził wątpliwości Zamawiającego potwierdzając w swoich wyjaśnieniach, że zaoferowana płyta główna, zaoferowana karta graficzna i zaoferowany przełącznik sieciowy nie spełniają minimalnych wymagań określonych w SWZ. Zamawiający jednocześnie wskazał, że wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w zakresie rodzaju obudowy komputera dla systemu OKO. Ponadto Zamawiający wskazał, że nie uwzględnił wniosku Odwołującego o poprawienie w treści jego oferty omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 ustawy Pzp

2. Zamawiający poprawia w ofercie: (…)

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…)

art. 255 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…)

2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;(…)

W ocenie Izby odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Ad zarzutów 1 i 2 oraz 3 w zakresie w jakim zarzut ten odnosi się do oferty Odwołującego

Zarzuty podlegały oddaleniu z następujących powodów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a więc gdy jej poprawa nie może spowodować istotnej zmiany treści oferty. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Przepis został sformułowany na pewnym poziomie ogólności, co pozwala na elastyczność i uznaniowość w zależności od okoliczności danego stanu faktycznego. Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem omawianej regulacji konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada dokumentom zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie - że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, przy czym omyłki takie nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości.

Mając na uwadze treść zarzutu odwołania, Izba za zasadne uznała poświęcić nieco miejsca w rozważaniach prawnych co do znaczenia pojęcia *„istotnej zmiany”* użytego w treści omawianej regulacji. Przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje bowiem, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (*„istotne zmiany"*) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. Istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Skład orzekający stoi

na stanowisku, że omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 wskazanej ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Skład orzekający w tej sprawie podziela przy tym stanowisko Izby co do możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1108/23, zgodnie z którym: *„(…) granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.”*.

Odnosząc powyższe rozważania prawne na grunt rozpoznawanej sprawy, odnotowania w pierwszej kolejności wymaga, że kwestia niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia została przez Odwołującego przyznana i potwierdzona w wyjaśnieniach z 10 listopada 2023 r. i jest to okoliczność między Stronami bezsporna. Spór dotyczy zaniechania poprawienia niezgodności treści oferty w zakresie zaoferowanych płyty głównej komputera, karty graficznej komputera oraz przełącznika sieciowego w sposób wskazany przez Odwołującego w piśmie z 10 listopada 2023 r. oraz w konsekwencji – odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W tym miejscu Izba wskazuje, że choć w treści SWZ Zamawiający wskazał, że załącznik nr 9 jest przedmiotowym środkiem dowodowym to nie sposób pominąć, że w jego treści wykonawca wskazywał również oferowane parametry, w tym precyzował przedmiot oferty, zatem w ocenie Izby z okoliczności stanu faktycznego wynika podwójna rola tego dokumentu, tj. jako przedmiotowego środka dowodowego i jako treści oferty.

W treści zarzutu Odwołujący przekonywał, że stwierdzone niezgodności są omyłkami o charakterze marginalnym, po pierwsze w kontekście wartości ceny oferty Odwołującego, tj. kwoty 11 999 999,00 zł, w sytuacji gdy wartość błędnie podanych elementów to kwota 57 900 zł. Po drugie, mając na uwadze znaczenie funkcjonalne spornych elementów. W tym zakresie Odwołujący przekonywał, że zasadniczym elementem zamówienia jest skaner, a błędnie podane elementy dotyczą komputera służącego do obsługi skanera. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty doprowadziło do wyboru oferty droższej o 3 000 000 zł.

Z powyższym, zdaniem Izby, nie sposób się zgodzić. W okolicznościach tej sprawy, w ocenie składu orzekającego, nie można uznać, aby poprawienie omyłek w treści oferty Odwołującego nie prowadziło do nieistotnej zmiany treści oferty. Słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia omyłki, a sposób poprawienia omyłki powinien być jeden. Sposób poprawienia omyłki zamawiający powinien, zdaniem Izby, móc ustalić samodzielnie, w oparciu o treść oferty, bez udziału wykonawcy. Nie wyklucza to możliwości zwrócenia się do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jednak pamiętać należy o zakazie prowadzenia negocjacji co do treści złożonej oferty. Innymi słowy zmiana nie ma charakteru istotnego gdy mimo, iż dotyczy istotnych części oferty, wiedzę na temat sposobu poprawienia omyłki zamawiający uzyskał z treści samej oferty, bez udziału wykonawcy.

W okolicznościach tej sprawy Zamawiający w celu ustalenia treści oferty zmuszony byłby oprzeć się na wyjaśnieniach Odwołującego z 10 listopada 2023 r. Odwołujący nie wykazał, aby treść jego oferty stanowiła sama w sobie źródło informacji na temat tego jak stwierdzone i przyznane błędy w treści załącznika nr 9 należy poprawić. Ewentualna modyfikacja treści oferty Odwołującego musiałaby się więc odbyć na jego wniosek wskazany w piśmie z 10 listopada 2023 r., co oznaczało by dopuszczenie do negocjacji między Odwołującym a Zamawiającym w celu usunięcia błędów w ofercie Odwołującego. W tym miejscu Izba wskazuje, że analogiczny stan faktyczny był przedmiotem oceny Izby w uchwale z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. KIO/KD 24/22.

Reasumując, zaistniały w sprawie stan faktyczny nie wpisuje się w dyspozycję art. 223 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby ewentualna zmiana miałaby charakter istotny, ponieważ w wyniku poprawienia oferty doszłoby do zmiany przedmiotu świadczenia i to z takiego niespełniającego wymogów SWZ, na taki który te wymogi by spełniał. Nie ma przy tym znaczenia, że w kontekście ilości całkowitej ceny oferty zmiana ta byłaby nieistotna, ponieważ nie jest to jedyny aspekt, na tle którego rozważana jest istotność zmiany. Kluczowe jest to, że nie ma wątpliwości, że zaoferowane płyta główna, karta graficzna i przełącznik sieciowy nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w dokumentach zamówienia, przy jednoczesnym braku w treści samej oferty informacji na temat tego, jak taką niezgodność poprawić. Ponadto w sprawie niesporne jest również to, że istnieje na rynku kilka kart graficznych, płyt głównych czy przełączników sieciowych, które spełniają opisane przez Zamawiającego wymagania, co również potwierdza tezę, że w celu poprawienia błędów w ofercie Odwołującego musiałoby dojść do niedozwolonych negocjacji. Izba przy tym nie podziela również stanowiska Odwołującego co do tego, że żądana przez niego zmiana byłaby nieistotna w kontekście funkcjonalnym. W tym zakresie Izbę przekonało stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie na str.

7 akapit drugi.

Wobec niespornej między Stronami niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości poprawienia tych niezgodności w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co zostało wskazane wyżej, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Ad zarzutu 4 i części zarzutu 3 w zakresie w jakim zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego

Zarzuty podlegały uwzględnieniu z następujących powodów.

Jak wynika z treści załącznika 9 złożonego wraz z ofertą Przystępującego, w zakresie karty graficznej zaoferował on kartę graficzną producent/model DELL NVIDIA® RTX™ A5500, 24 GB pamięci GDDR6, 4 złącza DP, 7960R. W *„Uwagach"* Przystępujący wskazał, że *„komputer zostanie doposażony w (…) przejściówkę DP->HDMI (…)"*. Natomiast w zakresie systemu operacyjnego, Przystępujący wskazał: *„System operacyjny: MS Windows 10 lub MS Windows 11"*.

Tymczasem, jak wynika z załącznika 2b do SWZ, zawierającego specyfikację komputera analitycznego dla systemu OKO, w zakresie karty graficznej, Zamawiający wskazał m.in.*„wyjścia: HDMI, Display Port,"* a w zakresie systemu operacyjnego, Zamawiający wskazał *„Fabrycznie nowy, nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu, zainstalowany przez producenta komputera system operacyjny Windows 10 lub Windows 11 (maksymalnie wersja 22H2) Professional 64bit PL lub system równoważny. (…)"*.

Izba wzięła również pod uwagę przy rozstrzygnięciu tej części odwołania zastrzeżenie poczynione pod tabelą w załączniku nr 9 o treści: *„ *należy zaznaczyć TAK lub NIE oraz uzupełnić wymagane parametry w miejscach, w których Zamawiający zażądał ich wskazania. Wykonawca może umieścić dodatkowo inne informacje mające wpływ na prawidłową identyfikację oferowanych urządzeń/sprzętu itp.*

Nie zaznaczenie żadnej z opcji (TAK lub NIE) lub zaznaczenie obydwu jednocześnie będzie skutkowało odrzuceniem oferty, co nie wyklucza możliwości jej odrzucenia z innych przyczyn przewidzianych ustawą Pzp.".

Oceniając powyższe zastrzeżenie, w ocenie Izby należy interpretować je w ten sposób, że celem Zamawiającego było, aby wykonawcy możliwie najdokładniej zidentyfikowali oferowane poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie na str. 8 dwa ostatnie akapity, niezasadnie wywodzi, że z powyższego zastrzeżenia wynika, że wykonawcy uprawnieniu byli do samodzielnej konfiguracji oferowanego przedmiotu zamówienia.

Jak przyznał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przedmiot zamówienia został opisany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Uzasadniając prawidłowość oferty Przystępującego, Zamawiający jednak odwołuje się do funkcjonalności wskazanych w odpowiedzi na odwołanie na str. 8. Jednocześnie Zamawiający, w ocenie Izby pomija przy weryfikacji oferty Przystępującego, parametry opisane w załączniku nr 2b do SWZ. Izba nie przeczy, że sposób w jaki Przystępujący w spornych pozycjach sprecyzował treść oferty nie wyklucza, że przedmiot zamówienia będzie zrealizowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w dokumentach zamówienia, w tym zapewni przywołane w odpowiedzi na odwołanie funkcjonalności. Jednak jednocześnie nie sposób nie dostrzec, że na etapie badania i oceny ofert nie sposób jednoznacznie przesądzić, aby w zakresie systemu operacyjnego zostało spełnione wymaganie z załącznika nr 2b do SWZ pkt 15. Natomiast wprost nie jest spełnione wymaganie w zakresie posiadania przez kartę graficzną wyjścia: HDMI, Display Port, bowiem zaoferowana karta nie posiada żadnego wyjścia HDMI, a Przystępujący zapewnił to wyjście przez zaoferowanie przejściówki, jednak w ocenie Izby Zamawiający wprost takiej możliwości nie przewidział w dokumentach zamówienia. Jak natomiast zostało wskazane wcześniej, nie sposób taką możliwość wywieźć z zastrzeżenia znajdującego się pod tabelą w załączniku 9.

W zakresie systemu operacyjnego, zdaniem Izby zarzut również się potwierdził. Z zastrzeżenia znajdującego się pod tabelą w załączniku 9 wprost w ocenie Izby wynika, że Zamawiający oczekiwał sprecyzowania oferowanego przedmiot zamówienia. Ponadto Izba nie podziela argumentacji Przystępującego wskazanej w piśmie procesowym jakoby Zamawiający wymagał wskazania jedynie nazwy systemu operacyjnego bez dalszej konieczności jego uszczegółowienia. Już z samego literalnego brzmienia wymogu wskazania systemu operacyjnego wynika zdaniem Izby, że Zamawiający po pierwsze oczekiwał podania jednego oferowanego systemu, po drugie identyfikacja ta miała umożliwiać weryfikację zgodności zaoferowanych elementów wyposażenia przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi m.in. w załączniku 2b, co wynika wprost z odesłania w treści pkt 9.6 b) załącznika 9 do załącznika 2b do SWZ. Zatem w okolicznościach tej sprawy nie jest w ocenie Izby wystarczające, że sposób sfomułowania treści oferty przez Przystępującego w spornych pozycjach nie wyklucza zapewnienia wskazanych przez Zamawiającego funkcjonalności, skoro jednocześnie nie potwierdza w sposób niewątpliwy parametrów wskazanych w załączniku nr 2b do SWZ.

Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Przystępującego było sprecyzowanie oferowanego systemu, tak aby Zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje w okolicznościach tej sprawy, że jego oferta jest niezgodna z SWZ.W konsekwencji, zdaniem Izby, w analizowanym stanie

faktycznym oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na brak jednoznacznego określenia, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, co stanowi przedmiot jego oferty w zakresie zaoferowania systemu operacyjnego. Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił sposób sprecyzowania oferowanych elementów w treści oferty. Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, iż wykonawca określa przedmiot swojego świadczenia w ofercie. Na etapie realizacji zamówienia świadczy to, co określa w ofercie. Przyjęcie odmiennego stanowiska za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający świadomie wybiera ofertę niezgodną z SWZ, a na etapie zamówienia żąda realizacji zamówienia zgodnie z SWZ. Taki sposób rozstrzygania postępowań przetargowych uznać należy za niedopuszczalny. Nie tylko pomija on etap weryfikacji zgodność złożonych ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale prowadzi do patowych sytuacji w zakresie przedmiotu świadczenia jakie ma być wykonany w ramach zamówienia. Dodatkowo postępowanie takie narusza zasady wyrażone w treści art. 16 ustawy Pzp (*vide* wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 40/22 i KIO 1115/22).

Tym samym potwierdził się zarzut nr 3 w części w jakiej odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Ad zarzutu 5

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 16 października 2023 r. w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. przez Odwołującego i przez Przystępującego.

Wobec oddalenia zarzutów wskazanych w pkt 1, 2 i częściowo 3 *petitum* odwołania odnoszących się do oferty Odwołującego i przy jednoczesnym uwzględnieniu zarzutów sformułowanych wobec oferty Przystępującego, czego konsekwencją jest nakazanie odrzucenia oferty Przystępującego, ziściła się dyspozycja przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na objęcie tej okoliczności zarzutem odwołania, przy jedoczesnym ustaleniu, że ziściła się dyspozycja tego przepisu, Izba w okolicznościach tej sprawy w konsekwencji powyższego za zasadne uznała nakazanie unieważnienia postepowania na podstawi art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…