

WYROK

z dnia 30 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**

Protokolant: **Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2023 r. przez **T. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą T. Ł. - Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowy Zespół Obsługi Szkół i Placówek Oświatowych z siedzibą w Giżycku**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie Części I zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez następujących wykonawców: **Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Powiatowy Zespół Obsługi Szkół i Placówek Oświatowych z siedzibą w Giżycku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą T. Ł. - Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Powiatowego Zespołu Obsługi Szkół i Placówek Oświatowych z siedzibą w Giżycku** na rzecz wykonawcy **T. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą T. Ł. - Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim** kwotę **11 399 zł 20 gr** (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 299,20 zł

Stosownie do art. 579 i art. 580 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**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Powiatowy Zespół Obsługi Szkół i Placówek Oświatowych z siedzibą w Giżycku dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wyposażenia informatyczno-multimedialnego oraz oprogramowania do pracowni zawodowej ZSKŚiA w Giżycku* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 października 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00452188/01.

W dniu 15 listopada 2023 r. wykonawca **T. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T. Ł. - Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim**, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 i art. 266 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy w Części I zamówienia jako najkorzystniejszej, w

sytuacji gdy wykonawca zaoferował kartę graficzną niezgodną z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy w Części I zamówienia na etapie badania ofert, 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 i art. 266 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia ofert wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku, w sytuacji gdy każdy z wykonawców zaoferował kartę graficzną niezgodną z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem ofert wykonawców w Części I zamówienia na etapie badania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 i art. 266 ustawy Pzp oraz dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców.

Pismem z dnia 24 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 listopada 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Stosownie do art. 218 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Jak stanowi art. 266 ustawy Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający był zobligowany do odrzucenia ofert wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 i art. 266 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność zaoferowanych przez ww. wykonawców kart graficznych z wymogiem osiągnięcia 3600 punktów w teście „direct compute”, określonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SWZ.

Zamawiający wskazywał zaś, że nie podał wymogu, by karta graficzna miała uzyskać wynik 3600 punktów w teście „direct compute”. Nie wskazał też żadnej innej nazwy testu, w którym karta graficzna miałaby uzyskiwać wynik 3600 punktów, co oznacza, że wynik każdego testu, który potwierdza osiągnięcie 3600 punktów jest testem akceptowanym przez Zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając że Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odrzucenia ofert wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnieniem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Należy również podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z warunkami zamówienia pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwnie działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane. (vide wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1293/21).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Odwołujący wykazał, że oferty wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku są niezgodne z warunkami zamówienia.

Stosownie do Załącznika nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, lit. B – „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” Część I – Sprzęt komputerowy i Komputer stacjonarny wraz z systemem operacyjnym – 17 szt. wiersz 6 tabeli Zamawiający wymagał wyposażenia komputera stacjonarnego w kartę graficzną spełniającą następujący parametr minimalny lub lepszy: *Dedykowana karta graficzna z min 4 GB pamięci własnej niewspółdzielonej uzyskującej w rankingu kart graficznych opublikowanym na stronie wynik nie mniejszy niż 3600.*

Wykonawcy Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca

działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku zaofertowali komputer stacjonarny z kartą graficzną Radeon RX 560.

Zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej, załączoną do odwołania, karta graficzna zaofertowana przez ww. wykonawców osiąga w teście „direct compute” wynik 1496 punktów. Równocześnie, zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej PassMark - Radeon RX 560 - Price performance comparison (videocardbenchmark.net), tj. stronie internetowej, z której wydruk został złożony przez ww. wykonawców karta graficzna Radeon RX 560 w dniu 26 października 2023 r. osiągnęła wynik 1488 operacji na sekundę, a w dniu 15 listopada 2023 r. (dzień wniesienia odwołania do Prezesa KIO) – 1487 operacji na sekundę. Zatem nie spełnia ona wymogu Zamawiającego dotyczącego wyniku na poziomie nie mniejszym niż 3600 punktów.

Zamawiający wymagał uzyskania przez kartę graficzną co najmniej 3600 punktów w teście „direct compute”. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia znajduje się link do strony internetowej obrazującej ranking kart graficznych w tym teście. Zatem Zamawiający winien przyjąć jako wartości referencyjne jedynie punkty przypisane poszczególnym kartom graficznym wskazane na tej stronie internetowej.

Natomiast złożone przez wykonawców: Wilanka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, D. W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Ogólnopolska Grupa IT D. W.” z siedzibą w Olsztynie oraz Alltech Spółka jawna Z. P. A. P. z siedzibą w Płocku wydruki potwierdzały osiągnięcie przez kartę graficzną Radeon RX 560 ponad 3600 punktów, niemniej w innym teście, tj. nie w teście „direct compute”, a w rankingu „Average G3D Mark”.

Powoływanie się więc przez Zamawiającego na osiągnięcie przez ww. wykonawców wyniku ponad 3600 punktów w rankingu „Average G3D Mark” jest nieuprawnione, bowiem Zamawiający jednoznacznie wskazał jako stronę referencyjną stronę internetową obrazującą wyniki w rankingu testu „direct compute”. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, określił on wyraźnie wymóg, aby karty graficzne uzyskiwały wynik co najmniej 3600 punktów w teście „direct compute”, o czym świadczy sama nazwa linku, gdzie znalazło się odniesienie do testu „direct compute”.

Równocześnie Izba nie odstępuje tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpierr odnieść się do całokształtu treści specyfikacji warunków zamówienia i uznać, że z logicznego i racjonalnego punktu widzenia obiektywnie wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Natomiast tutaj, zdaniem Izby, taka sytuacja nie zaistniała, gdyż, jak już stwierdzono powyżej, Zamawiający wymagał uzyskanie przez kartę graficzną oferowaną przez wykonawcę co najmniej 3600 punktów w teście „direct compute”, podanym w nazwie linku, zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ.

W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:.....