

WYROK
z dnia 16 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2023 r. przez wykonawcę Kombit Group sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiatową Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Żarach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Żarach unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu i nakazuje temu Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Powiatową Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Żarach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę Kombit Group sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Żarach na rzecz wykonawcy Kombit Group sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

KIO 3211/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Powiatowa Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Żarach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę, instalację sprzętu komputerowego, sieciowego i urządzeń peryferyjnych do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Żarach – znak postępowania: OEiA.272.89.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 023/BZP 00433833/01 z dnia 9 października 2023 r.

W dniu 25 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego: Kombit Group sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, jako najkorzystniejszej oferty;

b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Cezar;

c) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Cezar.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Cezar, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie nie spełnienia wymogów SWZ dla przełącznika sieciowego, zasilacza UPS oraz urządzenia wielofunkcyjnego.

b) zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Cezar jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

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

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Cezar jako najkorzystniejszej,
- b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- c) odrzucenie oferty Cezar z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu,
- d) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę CEZAR, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazał, że Cezar w pozycji 16 tabeli formularza ofertowego Przełącznik sieciowy – Switch POE 3 szt zaoferował switch TP-Link TL-SG1016PE nie spełniający wymogów OPZ (pkt 16 załącznika 1a do SWZ) w kilku punktach:

-wymóg - funkcje urządzenia - pasywne chłodzenie – zaoferowany produkt posiada wentylator; oznacza to chłodzenie aktywne, urządzenie generuje hałas oraz jest narażone na przegrzanie i uszkodzenie w wyniku awarii wentylatora;

-wymóg - funkcje urządzenia - przepustowość routowania/przełączania – 36Gbit - zaoferowany produkt posiada przepustowość routowania/przełączania 32Gbit/s;

-wymóg - porty - 2 x SFP zaoferowany produkt nie posiada portów SFP.

Zdaniem Odwołującego - potwierdzeniem powyższych niezgodności jest załączona karta techniczna producenta wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 1, 1a).

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Cezar w pozycji 19 tabeli formularza ofertowego Zasilacz awaryjny UPS – 1szt zaoferował zasilacz UPS APC SMT3000R2L-6W który jest wersją nie posiadającą wymaganych dwóch wyjść IEC C19 wymóg OPZ (pkt 19 załącznika 1a do SWZ) -Gniazda wyjściowe: minimum 8 gniazd IEC C13 oraz 2 x gniazdo IEC C19.

Według Odwołującego - zaoferowany model posiada tylko 1szt wyjścia IEC C19, czego potwierdzeniem jest karta katalogowa producenta (załącznik nr 2), w której na stronie nr 1 jest informacja: Output connection type (gniazda wyjściowe): 1 IEC 320 C19.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca Cezar w pozycji 6 tabeli formularza ofertowego– Urządzenie wielofunkcyjne (atramentowe, kolor) zaoferował drukarkę Epson EcoTank L15160, która nie spełnia wymogu dot. szybkości kopiowania w kolorze - wymóg OPZ (pkt 6 załącznika 1a do SWZ) - Wymóg – parametry kopiowania - szybkość kopiowania mono/kolor - 20 kopii/min (A4)

W ocenie Odwołującego - urządzenie Epson EcoTank L15160 posiada maks. szybkość kopiowania w kolorze na poziomie 9 kopii/min. Potwierdzeniem jest dołączone do niniejszego pisma oświadczenie producenta (załącznik nr 3).

Odnosnie zarzutu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Cezar jako najkorzystniejszej oferty zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu, Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta wykonawcy Cezar powinna zostać odrzucona, Zamawiający w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Pismem z dnia 8 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ofertę wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, odwołania wraz z załączonymi dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 listopada 2023 r. wraz z załączonymi dowodami, pisma procesowego Odwołującego z dnia 9 listopada 2023 r. wraz z załączonymi dowodami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia

przepisów art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp art. 239 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do odrzucenia oferty Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał Szczegółowego opisu Przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1a do SWZ.

W zakresie objętym przedmiotem sporu Izba stwierdziła, że w powyższym dokumencie zamówienia pod pozycją nr 6. przedmiotowego załącznika nr 1a Zamawiający przewidział Urządzenie wielofunkcyjne (atramentowe, kolor) – 1 szt., gdzie wprowadził parametr kopiowania – szybkość kopiowania mono/kolor – 20 kopii (A4).

Ponadto, pod pozycją nr 16. przedmiotowego załącznika nr 1a Zamawiający przewidział Przełącznik sieciowy – SWITCH POE – 3 szt., który powinien zawierać między innymi takie funkcje urządzenia jak pasywne chłodzenie oraz przepustowość rutowania/przełączania – 36 Gbit/s, a także porty – 2xSFP.

Ostatecznie, Zamawiający pod pozycją nr 19. przedmiotowego załącznika nr 1a opisał warunek posiadania przez Zasilacz awaryjny UPS – 1 szt. gniazd wyjściowe, w tym 2xgniazdo IEC C19.

W dalszej kolejności Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozstrzygnięcia sporu, że wykonawca Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu złożył formularz ofertowy zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ, gdzie zaoferował między innymi, co następuje:

- 1.pod l.p.6 – Urządzenie wielofunkcyjne (atramentowe, kolor) producenta EPSON o nazwie handlowej i modelu EcoTank L15160 wraz z serwerem druku Bluetooth,
- 2.pod l.p.16 – Przełącznik sieciowy – SWITCH POE producenta TP-Link o nazwie handlowej i modelu TL-SG1016PE,
- 3.pod l.p.19 – Zasilacz awaryjny UPS producenta APC o nazwie handlowej i modelu Smart-UPS SMTT3000R21-6W.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie przewidział na gruncie SWZ przedmiotowych środków dowodowych mających na celu weryfikację zgodności zaoferowanych urządzeń z treścią SWZ.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy w całej rozciągłości potwierdził zarzuty odwołania o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Przechodząc do oceny dowodów zebranych w przedmiotowej sprawie, Izba uznała dowody z dokumentów, na które powołał się Odwołujący za wiarygodne i potwierdzające okoliczności istnienia sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do oceny Urządzenia wielofunkcyjnego (atramentowe, kolor) – 1 szt., gdzie wymagany był parametr kopiowania – szybkość kopiowania mono/kolor – 20 kopii (A4), wykonawca Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu zaoferował – Urządzenie wielofunkcyjne (atramentowe, kolor) producenta EPSON EcoTank L15160 wraz z serwerem druku Bluetooth, które posiada szybkość kopiowania w kolorze do 9 kopii/min (A4), to jest poniżej postawionego przez Zamawiającego powołanego wyżej warunku zamówienia.

Powyższa okoliczność została udowodniona dowodem z oświadczenia wiedzy z dnia 23 października 2023 r. producenta EPSON Europe B.V. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie.

Jednocześnie Izba uznała, że brak w karcie technicznej producenta informacji o prędkości kopiowania – na co powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - nie ma żadnego znaczenia wobec jednoznacznego oświadczenia producenta o innej prędkości kopiowania zaoferowanego urządzenia niż wymagana.

Nie jest również przydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wywód Zamawiającego odnoszący się do prędkości skanowania, co nie jest objęte przedmiotem sporu, bowiem zarzuty odwołania są skierowane jednoznacznie przeciwko parametrowi szybkości kopiowania, a nie skanowania.

W zakresie zarzutu odwołania o niespełnianiu powyższego warunku zamówienia dotyczącego Przełącznika sieciowego – SWITCH POE – 3 szt. również w tym przypadku Odwołujący dowiódł ponad wszelką wątpliwość, że urządzenie to nie odpowiadało wymaganemu przez Zamawiającego warunkowi zamówienia.

Ten stan rzeczy został potwierdzony dowodem z oświadczenia wiedzy z dnia 30 października 2023 r. producenta tego urządzenia TP-Link Polska z siedzibą w Duchnicach, z którego wynika, że model TL-SG1016PE:

- 1)Nie ma pasywnego chłodzenia posiada wentylator,
- 2)Wydajność przełączania to 32 Gb/s,
- 3)Nie posiada portów SFP i nie ma możliwości ich doinstalowania- trzeba byłoby się posilić innym modelem z portami SFP.

Jednocześnie Izba stwierdziła na podstawie definicji z Wikipedii, że chłodzenie pasywne to – system chłodzenia

oparty wyłącznie o elementy stałe, takie jak . W systemie tym wykorzystuje się zjawisko oddawania przez metale energii cieplnej do otoczenia – nie występują tu dodatkowe elementy ruchome w postaci np. .

Wobec tego należało przyjąć, że jeżeli Zamawiający wymagał jedynie chłodzenia pasywnego i nie dopuścił wyraźnie innego dodatkowego chłodzenia, takiego jak chłodzenie aktywne oparte o wentylator, to w chwili obecnej dopuszczenie rozwiązania, które nie było przewidziane treścią SWZ jest niedopuszczalne i stanowiłoby jej zmianę.

Stosownie do art. 223 ust.1 zd.2 ustawy Pzp: niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jednocześnie nie jest prawdziwe i logiczne twierdzenie Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2023 r., że „tzn. urządzenie powinno posiadać minimum pasywne chłodzenie, lecz nie wyklucza stosowania zdecydowanie efektywniejszego z wymuszonym obiegiem powietrza”.

Jeżeli zatem Zamawiający, jak obecnie wywodzi rozwiązanie aktywne jest efektywniejsze, to dlaczego nie był to warunek podstawowy dla spornego urządzenia Przełącznika sieciowego – SWITCH POE.

W odniesieniu do warunku przepustowości rutowania/przełączania – 36 Gbit/s Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał, że „parametr ten nie wpływa na wydajność przełącznika i jest pomijalny”, wobec tego zachodzi uzasadnione pytanie z jakiego powodu Zamawiający umieścił taki warunek w SWZ wiążąc nim również innych wykonawców.

Takie stanowisko Zamawiającego po raz kolejny stanowi próbę zmiany warunku zamówienia, gdzie warunek został on ściśle opisany poprzez określenie jednoznacznie wymagania w ten sposób, że przepustowość rutowania/przełączania miała być na poziomie 36 Gbit/s, a nie 32 Gb/s.

Jeżeli zaś chodzi o porty 2xSFP, to należy podkreślić, że Zamawiający w warunkach zamówienia nie przewidział możliwości zaoferowania żadnych dodatkowych akcesoriów do Przełącznika sieciowego – SWITCH POE zawierających dodatkowe porty.

Wobec czego dowód z karty technicznej producenta MC220LMedia konwerter Gb Izbą uznała za bezprzedmiotowy.

Ponadto, zdziwienie Izby budzi również okoliczność, że z treści oferty wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu nie wynika, że takie urządzenie dodatkowe - MC220LMedia konwerter Gb w ogóle zostało zaoferowane, a Zamawiający nie prowadził w tym względzie żadnej procedury wyjaśniającej treść oferty, co potwierdziła informacja Zamawiającego skierowana do Odwołującego w dniu 9 listopada 2023 r.

Sytuacja ta doprowadziła Izbę do wniosku, że po raz kolejny Zamawiający podjął się nieuprawnionej próby kształtowania oferty wykonawcy Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu.

Idąc dalej, Izba doszła do przekonania, że potwierdził się również zarzut związany z Zasilaczem awaryjnym UPS producenta APC model Smart-UPS SMTT3000R21-6W.

Izba w tym względzie wzięła pod uwagę oświadczenie z dnia 24 października 2023 r. producenta Schneider Electric Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie posługującego się marką APC, że powyższe urządzenie posiada 1 złącze wyjściowe IEC C19, podczas gdy Zamawiający wymagał dwóch gniazd IEC C19.

Izba dostrzegła, że Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że „w karcie katalogowej tego urządzenia znajduje się niekonsekwencja w postaci opisu parametrów stwierdzająca o ilości 1 sztuki gniazda C19”.

Jednak w takim wypadku – według zapatrywania Izby – nadrzędne znaczenie ma samo oświadczenie producenta, który jest władny omówić właściwości i cechy stworzonego przez siebie produktu występującego na rynku, podczas gdy karty techniczne stanowią jedynie materiały informacyjne i mogą być zmieniane przez producenta.

W tej mierze również pogląd Zamawiającego o możliwości posłużenia się listwą rozszerzającą ilość gniazd nie jest trafny z tego powodu, że wykonawca Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu nie zaoferował takiej listwy, a wskazał w swojej ofercie jedynie konkretne urządzenie Smart-UPS SMTT3000R21-6W producenta marki APC, a nie listwę zasilającą Rack PDU 19 producenta Lanberg infrastruktury peryferyjnej.

Także i w tym przypadku Zamawiający, nie wyjaśniając treści oferty, podał jedynie własne wyobrażenie jak należałoby skonfigurować zaoferowane urządzenie z innym urządzeniem, które nie było przewidziane w ofercie.

Z powyższych przyczyn, biorąc pod uwagę, że dokonana przez Zamawiającego ocena zaoferowanego przez wykonawcę Cezar C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu przedmiotu zamówienia była wadliwa, a dowody zebrane w tej sprawie wykazały w sposób jednoznaczny sprzeczność treści oferty z poszczególnymi warunkami zamówienia, a w takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Konsekwencją naruszenia cytowanego wyżej przepisu prawa było również naruszenie przez Zamawiającego

przepisu art. 239 ust.1 i 2 ustawy Pzp, bowiem wybrana może być jedynie oferta, która nie podlega odrzuceniu.

Podsumowując, wymaga również wskazania, że argumenty Zamawiającego wymierzone przeciwko ofercie Odwołującego nie podlegały rozpoznaniu z tego powodu, że nie było takich zarzutów odwołania i trudno sobie wyobrazić sytuację, w której sam Odwołujący zaskarżył swoją ofertę.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....