**Sygn. akt: KIO 2695/23**

**WYROK**
**z dnia 26 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Magdalena Rams**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Suntar Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie, Meran Point Sp. z o.o., z siedzibą w Otwocku, Meran Point Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Otwocku,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Województwo Mazowieckie,**

przy udziale:

A. wykonawcy **iCreatio Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Infonet Projekt S.A., z siedzibą w Bielsku Białej, MBA System Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Suntar Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie, Meran Point Sp. z o.o., z siedzibą w Otwocku, Meran Point Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Otwocku** i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Suntar Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie, Meran Point Sp. z o.o., z siedzibą w Otwocku, Meran Point Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Otwocku** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Suntar Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie, Meran Point Sp. z o.o., z siedzibą w Otwocku, Meran Point Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Otwocku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Infonet Projekt S.A., z siedzibą w Bielsku Białej, MBA System Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego.

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 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:……**

**Sygn. akt:KIO 2695/23**

**UZASADNIENIE**

W dniu 11 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Suntar Sp. z o.o., Meran Point Sp. z o.o. oraz Meran Point Sp. z o.o. Sp. k. wobec czynności zamawiającego Województwa Mazowieckiego (dalej „Zamawiający") podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia
publicznego pn.: Dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu „Mazowiecki program przygotowania szkół, nauczycieli i uczniów do nauczania zdalnego" tj.: wyboru oferty Konsorcjum firm: Infonet Projekt S.A. oraz MBA System Sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum Infonet") jako najkorzystniejszej w części I Postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Infonet w części I Postępowania.
Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1

pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Infonet, mimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na zaoferowanie urządzenia niespełniającego wymagań. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty w części I, w tym dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Infonet w części I Postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że „(…) sama deklaracja realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ bez jego indywidualizacji, konkretyzacji - gdy ta indywidualizacja, tak jak w tym przypadku, wymagana jest przez Zamawiającego - jest niewystarczająca, co również wielokrotnie było przedmiotem orzecznictwa Izby. Inne rozumienie w zasadzie wypaczałoby sens zamówienia, którego celem jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego." Zgodnie z wymaganiami w SWZ Zamawiający wymagał zaoferowania komputera, który posiada: „Klawiatura wyspowa, z wbudowanym w klawiaturze podświetleniem z możliwością manualnej regulacji zarówno w BIOS jak i spod systemu operacyjnego, (układ US -QWERTY), min. 99 klawiszy.".

W ocenie Zamawiającego, wymagania te były wymaganiami jednoznacznymi i wyczerpującymi. Zapis ten wyraźnie rozróżnia sposób regulacji podświetlenia klawiatury poprzez możliwość regulacji bezpośrednio w BIOS, jak i spod systemu operacyjnego (pośrednio lub bezpośrednio). W praktyce taki wymóg oznacza, że zaoferowane urządzenie musi posiadać możliwość regulacji podświetlenia z wykorzystaniem interfejsu w BIOS (osobna funkcja programowa) oraz programowo lub fizycznie spod zainstalowanego systemu operacyjnego. Potwierdzeniem takiego wymagania jest odpowiedź Zamawiającego na Pytanie 1 z dnia 14.07.2023 r.:

Pytanie 1

Czy Zamawiający miał na myśli klawiaturę, w której sterowanie podświetleniem realizowane jest poprzez funkcje dostępne w BIOS, a jednocześnie w systemie operacyjnym realizowane za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury?

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że sterowanie podświetleniem realizowane jest poprzez funkcje dostępne w BIOS, a jednocześnie w systemie operacyjnym realizowane za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury.

W ocenie Odwołującego, udzielona odpowiedź w sposób jednoznaczny doprecyzowała, że możliwość regulacji bezpośrednio w BIOS ma być realizowana poprzez funkcję w BIOS, a nie w żaden inny sposób (w odróżnieniu od możliwości realizacji za pośrednictwem skrótów klawiszowych co wynika z udzielonej odpowiedzi). Konsorcjum Infonet zaoferowało laptop Lenovo ThinkPad L15 Gen 4, który nie posiada takiej funkcjonalności. Potwierdzeniem tego faktu jest oficjalny symulator BIOS, dostępny pod adresem: https://support.lenovo.com/us/pl/solutions/ht502745, jak również złożone przez członka konsorcjum dnia 17.07.2023 odwołanie. W złożonym odwołaniu członek konsorcjum zauważył, że spornego zapisu nie spełniają produkty firmy Lenovo, które to następnie po wycofaniu odwołania konsorcjum zaoferowało. Ponadto brak spełnienia powyższego wymagania został zweryfikowany przez Odwołującego za pomocą fizycznego komputera Lenovo, zaopatrzonego w najnowszy dostępny na dzień przygotowania odwołania komputer posiadający ogólnodostępny BIOS.

Co bardzo istotne Konsorcjum Infonet składając ofertę w postępowaniu w żaden sposób nie oświadczyło, że zaoferowany laptop jest laptopem przygotowanym na specjalne zamówienie, w którym dokonano jakichkolwiek modyfikacji w zakresie BIOS, tak aby spełnione zostało kwestionowane wymaganie. Powyższe potwierdza, iż oferta Konsorcjum Infonet winna zostać odrzucona jako niezgodna z dokumentami zamówienia. Procedura wyjaśnień przeprowadzona przez Zamawiającego z Konsorcjum Infonet w ocenie Odwołującego nie została przeprowadzona ze wskazaniem literalnego wymagania Zamawiającego przez co Odwołujący oświadczył, że spełnia wymagania, mimo iż wymagań opisanych powyżej nie spełnia.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości przekraczającej progi unijne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania w

ramach projektu „Mazowiecki program przygotowania szkół, nauczycieli i uczniów do nauczania zdalnego".
Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu „Mazowiecki program przygotowania szkół, nauczycieli i uczniów do nauczania zdalnego", tj. część I - sprzęt komputerowy (zestaw komputerowy wg specyfikacji Partnera – 1488 zestawów, laptop wg specyfikacji Partnera – 2046 sztuk, część II - sprzęt techniczny (drukarka monochromatyczna – 186 sztuk, urządzenie wielofunkcyjne – 186 sztuk), część III - monitor interaktywny – 40 sztuk, projektor multimedialny – 186 sztuk. Wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy.
Zamówienie będzie realizowane w zakresie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, z możliwością uruchomienia opcji. Szczegółowe zasady uruchomienia opcji zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) i w projektowanych postanowieniach umowy, będących załącznikiem nr 3 do SWZ.
W OPZ, Zamawiający określił m.in. następujące wymagania w zakresie urządzenia „Laptop":

| | | |
|---|---|---|
| BIOS | BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI, wyprodukowany przez producenta komputera, zawierający logo producenta komputera lub nazwę producenta komputera lub nazwę modelu oferowanego komputera, Dashboard BIOS'u zbudowany w postaci kombinacji tekstu i grafiki obsługiwany w sposób selektywny i swobodny.<br><br>Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o:<br>•wersji BIOS,<br>•nr seryjnym komputera,<br>•model komputera,<br>•adresu MAC karty sieciowej,<br>•modelu procesora wraz z informacjami o ilości rdzeni oraz nominalnej prędkości pracy (w GHz),<br>•informacji o ilości pamięci RAM oraz jej taktowaniu,<br>•informacji o modelu dysku twardego,<br>•informacji o napędzie optycznym (nie dotyczy zewnętrznego napędu USB),<br>•informacji o karcie sieciowej Ethernet i karcie dźwiękowej<br>•zintegrowanym układzie graficznym,<br>•kontrolerze audio,<br>Zamawiający dopuści jako rozwiązanie równoważne, notebook z BIOS, w którym jest możliwość odczytania informacji o pojemności dysku twardego a informacja o modelu dysku twardego jest widoczna w systemie diagnostycznym, który jest zaimplementowany w tej samej pamięci flash co BIOS.<br>BIOS musi posiadać następujące funkcje:<br>•możliwość wyłączenia/włączenia portów USB;<br>•możliwość wyłączenia/włączenia kontrolera SATA<br>•możliwość wyłączenia/włączenia karty dźwiękowej,<br>•możliwość wyłączenia/włączenia modułu TPM,<br>•możliwość wyłączenia/włączenia karty sieciowej Ethernet,<br>•możliwość wyłączenia/włączenia bootowania PXE,<br>•możliwość włączania/wyłączania funkcji Wake on LAN,<br>•możliwość ustawienia preferencji dotyczących sposobu działania i wydajności wentylatora chłodzącego lub możliwość automatycznego sterowania wentylatorem chłodzącym;<br>•możliwość ustawienia haseł: Administratora, tzw. „power-on", pozwalającego na uruchomienie dysku twardego,<br>•możliwość ustawienia sekwencji bootowania (wraz z możliwością usunięcia z listy bootowania poszczególnych urządzeń),<br>•możliwość uruchamiania systemu z urządzeń, zewnętrznych typu HDD-<br>USB, USB Pendrive, CDRW-USB, | TAK |
| Klawiatura | Klawiatura wyspowa, z wbudowanym w klawiaturze podświetleniem z możliwością manualnej regulacji zarówno w BIOS jak i spod systemu operacyjnego, (układ US -QWERTY), min. 99 klawiszy. | TAK |

Izba ustaliła, że w Formularzu oferty wykonawca składał następujące oświadczenie:
Oferujemy spełnienie przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami i postanowieniami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz według poniższego zestawienia za cenę brutto (z VAT) dla poszczególnych części:

**1.CZĘŚĆ I ZAMÓWIENIA – sprzęt komputerowy *)**

Tabela (puste pola wypełnia wykonawca)

| Lp. | Przedmiot zakupu | Liczba elementów | Cena jednostkowa brutto (z VAT) za zestaw/sztukę | Wartość brutto zamówienia (z VAT) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 = 3 x 4 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 1. | Zestaw komputerowy wg specyfikacji Partnera (komputer stacjonarny z monitorem)<br>Nazwa producenta monitora ……<br>Model ……<br>Nazwa producenta komputera stacjonarnego ……<br>Model …… | 1488<br>zestawów | | |
| 2. | Laptop wg specyfikacji Partnera<br>Nazwa producenta ……<br>Model …… | 2046<br>sztuk | | |
| | | | cena brutto (z VAT) za realizację I części zamówienia (suma kolumny 5) | |

Izba ustaliła, że Zamawiający na etapie poprzedzającym złożenie ofert opublikował szereg pytań i odpowiedzi odnoszących się do SWZ. W zakresie okoliczności faktycznych leżących u podstaw zarzutu Odwołującego, Izba ustaliła, że wykonawcy kierowali do Zamawiającego następujące zapytania:

Pytanie 2

Dot. części 1, Laptop Zamawiający wymaga: "Klawiatura wyspowa, z wbudowanym w klawiaturze podświetleniem z możliwością manualnej regulacji zarówno w BIOS jak I spod systemu operacyjnego, (układ US QWERTY), min. 9 klawiszy." Prosimy o dopuszczenie komputera międzynarodowego producenta wyposażonego w klawiaturę z wbudowanym podświetleniem z możliwością manualnej regulacji za pomocą kombinacji przycisków na klawiaturze.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, dokładne taka klawiatura, o którą wnioskuje Wykonawca opisana jest w OPZ.

(Odpowiedź z dnia 22 czerwca 2023 r.)

Pytanie 13

Zwracamy się uprzejmą prośbą o udzielenie wyjaśnień treści SWZ w zakresie dot. części 1 Laptop. Zgodnie z obowiązującym brzmieniem OPZ Zamawiający wymaga: "Klawiatura wyspowa, z wbudowanym w klawiaturze podświetleniem z możliwością manualnej regulacji zarówno w BIOS jak I spod systemu operacyjnego, (układ US QWERTY), min. 99 klawiszy." jak wynika z treści odpowiedzi na pytanie nr 2 (22.06.2023r.) jeden z wykonawców wnosił o ograniczenie wymaganej funkcjonalności i dopuszczenie aby klawiatura wbrew wyraźnym wymaganiom SWZ, mogła mieć klawiaturę 2 wbudowanym podświetleniem z możliwością manualnej regulacji jedynie za pomocą kombinacji przycisków na klawiaturze, bez BIOS. Wskazać należy, że wymaganie SWZ w jego obowiązującej postaci to standard rynkowy w tej klasie produktów. Zamawiający udzielając odpowiedzi wskazał, że dokładnie taka klawiatura, o którą wnioskuje Wykonawca opisana Jest w OPZ pomijając najprawdopodobniej omyłkowo, że wymaganie SWZ odnosi się do konieczności spełnienia jednocześnie obydwu wymagań tj. regulacji zarówno w BIOS jak i spod systemu operacyjnego. Jeśli zatem Zamawiający podtrzymuje wymaganie OPZ a to sugeruje odpowiedź I brak modyfikacji SWZ prosimy o potwierdzenie wymagania OPZ w jego obowiązującej treści.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia i jednocześnie dokonuje sprostowania do udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 2 i zmianie treści SWZ z dnia 23.07.2023r., że klawiatura musi spełniać obydwa wymagania sterowania podświetleniem zarówno z biosu jak i w systemie operacyjnym (za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury).

(Odpowiedź z dnia 6 lipca 2023 r.)

Pytanie 1

Czy Zamawiający miał na myśli klawiaturę, w której sterowanie podświetleniem realizowane jest poprzez funkcje dostępne w BIOS, a jednocześnie w systemie operacyjnym realizowane za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury?

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że sterowanie podświetleniem realizowane jest poprzez funkcje dostępne w BIOS, a jednocześnie w systemie operacyjnym realizowane za pośrednictwem skrótów klawiszowy z klawiatury.

(Odpowiedź z dnia 14 lipca 2023 r.)

Izba ustaliła, że Zamawiający z dnia 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Infonet to złożenia wyjaśnień, wskazując: Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1170, ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, wzywam Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w następującym zakresie:

Część 1 – laptop - Laptop Lenovo ThinkPad L15 Gen 4 -

1)Czy laptop posiada minimum 2 gniazda pamięci RAM?

2)Czy laptop posiada możliwość regulacji podświetlenia z poziomu BIOSU?
Zamawiający w toku badania i oceny ofert, dokonując analizy w oparciu o ogólnodostępne specyfikacje sprzętów publikowane m. in. na stronach internetowych oraz informacje pozyskane z rynku, powziął wątpliwość, czy proponowane produkty spełniają wszystkie wymagania OPZ, w szczególności w zakresie możliwości regulacji podświetlenia z poziomu BIOSU.
Zmawiający informuje, że:

- w ramach przedmiotowych wyjaśnień Wykonawca działa pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń;
- dostarczenie przedmiotu zamówienia niezgodnego z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowi nienależyte wykonanie umowy oraz uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej w wysokości 1%;
- zamierza skorzystać z uprawnienia do żądania od Wykonawcy dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań w formie wydruku z przeprowadzonego testu BAPCO, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia w części I – Zestaw komputerowy oraz Laptop w komponencie „wydajność obliczeniowa”

Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 28 sierpnia 2023 r. Konsorcjum Infonet złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał: „W odpowiedzi na pismo dotyczące złożenia wyjaśnień do oferty, Infonet Projekt SA – Lider Konsorcjum, działając w imieniu Konsorcjum firm: Infonet Projekt SA oraz MBA System Sp. z o.o, informuje, iż laptop Lenovo zaoferowany w postępowaniu na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu „Mazowiecki program przygotowania szkół, nauczycieli i uczniów do nauczania zdalnego" w części nr 1, spełnia wymagania postępowania. Do niniejszego pisma załączamy oświadczenie Producenta potwierdzające, iż laptop posiada 2 gniazda pamięci RAM oraz posiada możliwość regulacji podświetlenia z poziomu BIOSU”. Do pisma zostało załączone oświadczenie Lenovo Technology BV Sp. z o.o. W treści dokumentu zawarte jest oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia posiada możliwość regulacji podświetlenia z poziomu BIOSU.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Infonet jako najkorzystniejszej.
***Izba zważyła co następuje:***
W ocenie Izby zarzut podniesiony przez Odwołującego okazał się niezasadny. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.
Na wstępnie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten statuuje obowiązek odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować omawianą podstawę odrzucenia oferty musi być możliwe uchwycenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. O niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Konsorcjum Infonet jest niezgodna z warunkami zamówienia. W istocie Odwołujący dążył do narzucenia własnej interpretacji postanowień SWZ – OPZ oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców i na tej podstawie wywodził niezgodność oferty Konsorcjum Infonet. W ocenie Izby punktem wyjścia do rozstrzygnięcia zarzutu postawionego przez Odwołującego są postanowienia SWZ – OPZ. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w zakresie części I zamówienia i kwestionowanego przez Odwołującego wymagania, Zamawiający wskazał w OPZ: *„Klawiatura wyspowa, z wbudowanym w klawiaturze podświetleniem z możliwością manualnej regulacji zarówno w BIOS jak i spod systemu operacyjnego, (układ US -QWERTY), min. 99 klawiszy.”* Wymóg ten dotyczył wyłącznie klawiatury. Co istotne, Zamawiający odrębnie określił wymagania dotyczące systemu BIOS. Opisując zakres wymagań co do systemu BIOS, Zamawiający nie wprowadził wymagania dotyczącego dostępności funkcji podświetlenia klawiatury z poziomu funkcji BIOS. Zdaniem Izby, gdyby Zamawiający wymagał, aby omawiana funkcjonalność była dostępna bezpośrednio w systemie BIOS, to takie wymaganie wskazałby opisując zakres system BIOS w OPZ. Tego jednak Zamawiający nie uczynił. Po drugie, zdaniem Izby, w treści odwołania Odwołujący wyłącznie wskazał w jaki sposób, w jego ocenie, omawiana funkcjonalność powinna być zaoferowana przez wykonawców. Izba przytacza twierdzenia Odwołującego: „*W praktyce taki wymóg oznacza, że zaoferowane urządzenie musi posiadać możliwość regulacji podświetlenia z wykorzystaniem interfejsu w BIOS (osobna funkcja programowa) oraz programowo lub fizycznie spod zainstalowanego systemu operacyjnego*.” Izba stoi na stanowisku, że gdyby Zamawiający wymagał takiego właśnie sposobu realizacji podświetlania klawiatury, to winien był zarówno w OPZ oraz w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców w taki właśnie sposób opisać sporne wymaganie. Zdaniem Izby, nie ma w

dokumentach postępowania żadnego oświadczenia Zamawiającego, które w sposób jednoznaczny potwierdzałoby, że sposób realizacji omawianej funkcjonalności opisany przez Odwołującego w odwołaniu jest jednym właściwym i poprawnym. Po trzecie, Izba uważa, że stanowisko Zamawiającego w trackie wyjaśnienia pytań dotyczących spornego postanowienia nie dawało wykonawcom jednoznacznej odpowiedzi czego wymaga Zamawiający, co stanowi argument przeciwko uznaniu, że oferta Konsorcjum Infonet jest niezgodna z warunkami zamówienia. W tym zakresie należy zaznaczyć, że w spornym wymaganiu wskazane jest „*możliwość manualnej regulacji*". Ten pierwotny zapis nie został w żaden sposób zmodyfikowany przez Zamawiającego w toku udzielana odpowiedzi na pytania wykonawców. Izba wskazuje, że w żadnej z udzielonych odpowiedzi Zamawiający nie oświadczył, że usuwa w/w część opisu wymagań. Dalej Izba wskazuje, że w pełni zgadza się z Konsorcjum Infonet, że skoro Zamawiający wskazał na manualną regulację, to oferowany przez wykonawcę laptop ThinkPad L15 Gen 4 spełnia tak określone wymaganie. Konsorcjum Infonet złożyło w ofercie stosowne oświadczenie potwierdzające spełnienie przedmiotowego wymagania, a także w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawiło oświadczenie producenta potwierdzające, iż „zaoferowany sprzęt Lenovo ThinkPad L15 Gen 4 posiada możliwość regulacji podświetlenia z poziomu BIOS". Przedmiotowa funkcjonalność, zarówno w BIOS jak i spod systemem operacyjnym, realizowana jest w sposób manualny, tj. poprzez zastosowanie regulacji za pomocą kombinacji przycisków na klawiaturze. Takie rozwiązanie było, zdaniem Izby, dopuszczalne w świetle odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców. Izba wskazuje, że zgodne w odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 6 lipca 2023 roku, Zamawiający wskazał, że klawiatura musi spełniać obydwa wymagania sterowania podświetleniem zarówno z BIOS, jak i w systemie operacyjnym (za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury). Izba uważa, że nie ma podstaw, aby oświadczenie Zamawiającego zawarte w nawiasie odnieść wyłącznie do systemu operacyjnego. Gdyby taka była intencja Zamawiającego, to nie byłoby potrzeby używania nawiasów. Izba stoi na stanowisku, że stwierdzenie „za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatury" odnosi się do całego oświadczenia Zamawiającego. Taka wykładania jest zgodna z przyjętym podziałem wymagań, odrębnie dla klawiatury, odrębnie dla systemu BIOS. Zdaniem Izby sformułowanie „za pośrednictwem skrótów klawiszowych z klawiatur" dotyczy sterowania podświetleniem zarówno z BIOSU, jak i w systemie operacyjnym, czyli w obu ww. przypadkach Zamawiający wskazał na stosowanie skrótów klawiszowych z klawiatury. Ponadto, nie ma żadnego dowodu w sprawie na wykazanie nieprawidłowości twierdzeń Konsorcjum Infonet, że wywołanie regulacji podświetlenia w BIOS poprzez użycie kombinacji przycisków oznacza, iż jest to funkcja BIOS. Wywołanie określonego działania (regulacja podświetlenia) poprzez zastosowanie odpowiedniej kombinacji klawiszy oznacza, iż jest to funkcja tego oprogramowania (BIOS). W przeciwnym wypadku (brak funkcji) zastosowanie kombinacji klawiszy nie mogłoby wywołać żadnego działania. Innymi słowy, to dzięki istniejącej funkcji oprogramowania BIOS możliwa jest regulacja podświetlenia poprzez zastosowanie odpowiedniej kombinacji klawiszy.

Izba podkreśla, że Odwołujący dokonał nieuprawnionej interpretacji oświadczeń Zamawiającego złożonych w toku udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców, pomijając przy tym całkowicie tekst pierwotnego wymagania zawartego w OPZ. Izba podkreśla, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 14 lipca 2023 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż funkcja podświetlenia ma być dostępna w BIOS (co jest spełnione poprzez użycie skrótów klawiaturowych), a nie jak próbuje interpretować Odwołujący ma być oddzielną funkcją realizowaną w jakiś bliżej nieokreślony sposób (ale nie za pomocą skrótów klawiatury) albo w sposób jaki chciałaby Odwołujący. Również w odpowiedź na pytanie nr 13 z dnia 6 lipca 2023 r. w żaden sposób nie przesądzono, iż możliwość wykorzystania skrótów klawiszowych odnosi się wyłącznie do systemu operacyjnego, na co wskazywał Odwołujący.

W ocenie Izby, Odwołujący oparł zasadność zarzutu na odpowiedzi jaką udzielił Zamawiający na pytania nr 1 z dnia 14 lipca 2023 r., ale również i w tym wypadku, Odwołujący dokonuje interpretacji oświadczenia Zamawiającego w oderwaniu od całości wymagania i z pominięciem pozostałych odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że udzielona odpowiedź może budzić wątpliwości interpretacyjne. Izba odnosi wrażenie, że Zamawiający sam do końca nie potrafił jednoznacznie określić w udzielonych odpowiedziach w jaki sposób wymagana funkcjonalność miała być realizowana przez oferowane urządzenie. Już na tej podstawie nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. W odpowiedzi z dnia 14 lipca 2023 r. Zamawiający de facto powtórzył treść zapytania wykonawcy, ale w żaden sposób nie odniósł się do poprzednich swoich wypowiedzi, jak również do samego wymagania wskazanego w OPZ. Zatem należy przyjąć, że odpowiedź ta nie stanowi modyfikacji pierwotnie ustanowionego wymagania. Po drugie, w ocenie Izby, nie modyfikuje ona w żaden sposób odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 13 z dnia 6 lipca 2023 r. (w odpowiedzi z dnia 17 lipca 2023 r. Zamawiający wyjaśnił, że „(...) pismem z dnia 14.07.2023 roku nie dokonał żadnej zmiany treści OPZ, a jedynie potwierdził stanowisko zawarte w wyjaśnieniach i zmianie treści SWZ z dnia 06.07.2023 roku"). Po trzecie, zdaniem Izby, brak jest jednoznacznego oświadczenia Zamawiającego w dokumentach zamówienia, na podstawie, którego Izba mogłaby stwierdzić, że Zamawiający wykluczył rozwiązania zaoferowane przez Konsorcjum Infonet tj. dostępność podświetlania w BIOS za pomocą skrótu klawiszy.

W ocenie Izby, z całokształtu wypowiedzi i oświadczeń Zamawiającego, jak również z sposobu opisu wymagań zwartych

w OPZ, w tym podziale wymagań odrębnie dla klawiatury, odrębnie dla BIOS nie wynika w sposób jednoznaczny, iż za niezgodne z warunkami zamówienia zostanie uznane rozwiązanie wykorzystujące kombinację klawiszy w BIOS. Zatem, nie ma podstaw do uznania, że oferta Konsorcjum Infonet jest niezgodna z warunkami określonymi w dokumentach zamówienia. Jak Izba wskazał powyżej, aby odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Takie okoliczności nie zostały wykazanie ani spełnione w analizowanym stanie faktycznym. Odwołujący w istocie dąży do odrzucenia oferty Konsorcjum Infornet w oparciu o własną interpretację oświadczenia Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na jedno z pytań. Zdaniem Izby sam Zamawiającemu nie potrafił jednoznacznie w toku udzielanych odpowiedzi wskazać w jaki sposób podświetlania klawiatury powinno być zrealizowane. Zarówno w SWZ jak również w udzielonych odpowiedziach brak jest zastrzeżenia, że regulacja podświetlenia w BIOS nie może być wykonywana przez użycie kombinacji klawiszy. Co więcej, sama treść wymagania wskazuje na manualną regulację. Okoliczności te tym bardziej przemawiają za brakiem podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że bez znaczenia dla sprawy pozostaje okoliczność, iż jeden z członków Konsorcjum Infonet wniósł odwołanie w dniu 17 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące spornego wymagania. Odwołanie nie było przedmiotem merytorycznego rozpatrzenia przez Izbę. Bez znaczenia dla sprawy są również dowody złożone przez Odwołującego w postaci wydruków z symulatora BIOS komputera Lenovo oferowanego przez Konsorcjum Infonet. Dowód ten został złożony na wykazanie sposobu realizacji funkcjonalności podświetlenia klawiatury z poziomu funkcji BIOS, co nie było, zdaniem Izby wymagane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w obu sprawach orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 i § 8 ust. 2 pkt 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołujących.

**Przewodnicząca:**

**……**