Sygn. akt: KIO 1622/23

WYROK
z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę P. R. – „Netkom P. R." z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Tarnobrzeg

przy udziale wykonawcy Progress Systemy Komputerowe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1622/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. R. – „Netkom P. R." z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim 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 P. R. – „Netkom P. R." z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy P. R. – „Netkom P. R." z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim na rzecz Zamawiającego: Miasta Tarnobrzeg kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 wraz 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 1622/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Miasto Tarnobrzeg wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawy i usługi związane z realizacją projektu grantowego „Cyfrowa Gmina" współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej V. Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia - REACT-EU, Działanie 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00172068.

W dniu 31 maja 2023 r. Odwołujący: P. R. – „Netkom P. R." z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Progress Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej Przystępującym lub Wykonawca Progress.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 czerwca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1. zaniechania przez Zamawiającego – Miasta Tarnobrzeg (dalej: Zamawiający) czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Progress w sytuacji gdy oferta Wykonawcy PROGRESS jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj.:

a.zaoferowany przez Wykonawcę Progress skaner Epson WorkForce ES-500WII (typ A) posiada automatyczny podajnik dokumentów ADF o pojemności 50 arkuszy, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał wyposażenie skanera (typ A) w automatyczny podajnik dokumentów ADF o pojemności nie mniejszej niż 100 arkuszy,

b.zaoferowany przez Wykonawcę Progress laptop HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U Windows10P/Windows11P 7K9J8AA#AKD nie spełnia wymogu dostępności pełnej funkcjonalności sytemu diagnostycznego także w przypadku braku lub uszkodzenia oraz sformatowania dysku twardego i braku dostępu do sieci LAN i internetu,

c.zaoferowany przez Wykonawcę Progress monitor HP P22h G4 FHD:

▪nie posiada 24-miesięcznej gwarancji producenta świadczonej na miejscu u użytkownika końcowego (gwarancja „on site"),

▪nie posiada funkcjonalności kąta obrotu (tzw. swivel),

d.zaoferowany przez Wykonawcę Progress (w ramach dostawy laptopa HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U Windows10P/Windows11P 7K9J8AA#AKD) zewnętrzny napęd DVD o parametrach: DVD-USB-04 Gembird nie posiada 24-miesięcznej gwarancji producenta,

2.czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Progress, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Progress powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp,

3.zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy 13p sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej Wykonawcą 13p, w sytuacji oferta Wykonawcy 13p jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj,:

a.zaoferowany przez Wykonawcę 13p laptop HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U/16GB/256GB/Win11P nie spełnia wymogu dostępności pełnej funkcjonalności sytemu diagnostycznego także w przypadku braku lub uszkodzenia oraz sformatowania dysku twardego i braku dostępu do sieci LAN i internetu,

b.zaoferowany przez Wykonawcę 13P (w ramach dostawy laptopa HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U Windows10P/Windows11P 7K9J8AA#AKD) zewnętrzny napęd DVD o parametrach: DVD-USB-04 Gembird nie posiada 24-miesięcznej gwarancji producenta,

c.zaoferowany przez Wykonawcę 13p monitor ASUS VA229QSB nie posiada 24miesięcznej gwarancji producenta świadczonej na miejscu u użytkownika (gwarancja producenta „on site").

Zaskarżonym zaniechaniom i czynności Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia":

a.pkt. 2.3. – „Doposażenie stanowisk pracowniczych – zakup skanerów (12 szt) – w zakresie zarzutu dot. zaoferowanego skanera,

b.pkt. 2.4. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup laptopów (52 szt.)", ppkt. 14 – w zakresie zarzutu dot. systemu diagnostycznego laptopa,

c.pkt. 2.4. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup laptopów (52 szt.)", ppkt. 8 – w zakresie zarzutu dot. zewnętrznego napędu DVD,

d.pkt. 2.5. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup zestawów komputerowych (15 szt)" ppkt. 15 lit. l. – w zakresie zarzutu dot. regulacji kąta obrotu monitora,

e.pkt. 2.5. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup zestawów komputerowych (15 szt)" ppkt. 16 – w zakresie 24-miesięcznej gwarancji producenta „on site" dla monitora

oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt. 2) ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Progress, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Progress jest niezgodna z wymogami Zamawiającego dot.: skanera, systemu diagnostycznego laptopa, gwarancji zewnętrznego napędu DVD, regulacji kąta obrotu monitora oraz gwarancji producenta dla monitora (zarzut pierwotny),

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

2.art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z treścią – „Opis przedmiotu zamówienia" oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt 2) ustawy Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Progress jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Progress powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut wynikowy),

3.art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia":

a.pkt. 2.4. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup laptopów (52 szt.)", ppkt. 14 – w zakresie zarzutu dot. systemu diagnostycznego laptopa,

b.pkt. 2.4. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup laptopów (52 szt.)", ppkt. 8 – w zakresie zarzutu dot. zewnętrznego napędu DVD,

c.pkt. 2.5. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup zestawów komputerowych (15 szt)" ppkt. 16 – w zakresie 24-miesięcznej gwarancji producenta „on site" dla monitora

oraz art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt. 1) i pkt. 2) ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy 13p, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy 13p jest niezgodna z wymogami Zamawiającego dot.: systemu diagnostycznego laptopa, gwarancji zewnętrznego napędu DVD oraz gwarancji

producenta „on site” dla monitora.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Progress, jako oferty najkorzystniejszej

wraz z

2.nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy PROGRESS, jako niezgodnej z warunkami zamówienia

oraz:

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy 13p, jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

a w konsekwencji

4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

w każdym przypadku:

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z rozliczeniem i dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Wykonawcy Progress z warunkami zamówienia Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” pkt. 2.3. – „Doposażenie stanowisk pracowniczych – zakup skanerów (12 szt)”, w ramach minimalnych parametrów technicznych skanera typu A, Zamawiający wymagał m.in. wyposażenie skanera w automatyczny podajnik dokumentów ADF o pojemności min. 100 arkuszy.

Wyjaśnił, że Przystępujący złożył formularz ofertowy oferując dostawę skanerów typu A marki Epson WorkForce ES-500WII.

Według Odwołującego - zgodnie z kartą katalogową skanera Epson WorkForce ES-500WII, skaner wyposażony jest w automatyczny podajnik dokumentów ADF o pojemności 50 arkuszy.

Z powyższego wnioskował, że oferta Wykonawcy Progress, w części dot. dostawy skanerów typu A, jest więc w oczywisty sposób sprzeczna z warunkami zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący nie podzielił treści wyjaśnień Wykonawcy Progress z dnia 4 maja 2023 roku, jakoby zaoferowany przez Wykonawcę skaner był wyposażony w automatyczny podajnik dokumentów ADF o pojemności 100 arkuszy i więcej w zależności od gramatury papieru.

Wskazał przy tym, że pojemność automatycznego podajnika dokumentów obejmującą 100 i więcej arkuszy Wykonawca Progress wyprowadził bowiem ze „wzoru matematycznego na obliczenie wysokości stosu papieru w mm”.

Według Odwołującego - przedstawione przez Wykonawcę Progress działanie matematyczne mające potwierdzać „wysokość papieru” ([(ilość stron/2) x gramatura papieru] /1000), w istocie rzeczy stanowi wzór na jedną tysięczną gramatury papieru i potwierdza wyłącznie to, że 80g/m^2 stanowi 0,008 g na jedną tysięczną m^2.

Zdaniem Odwołującego - obliczając „wysokość stosu papieru”, Wykonawca Progress całkowicie pominął grubość czy gęstość arkusza papieru. Gramatura papieru określa tymczasem jedynie, ile gram waży 1 m^2 papieru. Arkusz papieru, przy tej samej wadze może mieć natomiast różną grubość, w zależności od rodzaju papieru. Papier może być bardziej lub mniej sprasowany, może mieć warstwy błyszczące albo chropowate.

Co więcej, sam fakt „zmieszczenia” w podajniku 100 arkuszy papieru nie przesądza jeszcze, że podajnik skanera będzie prawidłowo pobierać pojedyncze arkusze papieru z podajnika.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z kartą katalogową skanerów Epson, skaner Epson WorkForce ES-500WII (zaoferowany przez Wykonawcę Progress) jest wyposażony w automatyczny podajnik dokumentów o pojemności 50 arkuszy, podczas gdy skaner Epson ES580W (zaoferowany np. przez Wykonawcę 13p), jest wyposażony w automatyczny podajnik dokumentów o pojemności 100 arkuszy, przy zachowaniu analogicznych parametrów gramatury papieru w ADF (27-413g/m2).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego systemu diagnostycznego laptopa Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” pkt. 2.4. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup laptopów (52 szt.)”, ppkt. 14, Zamawiający wymagał wyposażenia laptopa w system diagnostyczny umożliwiający użytkownikowi przeprowadzenie wstępnej diagnostyki awarii poprzez przetestowanie: procesora, pamięci RAM, dysku, płyty głównej, z zastrzeżeniem że pełna funkcjonalność systemu diagnostycznego musi być dostępna również w przypadku braku lub uszkodzenia oraz sformatowania dysku twardego i braku dostępu do sieci LAN i internetu.

Wyjaśnił, że zgodnie z Formularzem ofertowym Wykonawca PROGRESS zaoferował dostawę laptopa HP

ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U/16GB/256GB/Win11P , z którego opisu systemu diagnostycznego komputera PC (laptopa) zamieszczonego na stronie internetowej producenta HP: wynika, że system diagnostyczny w laptopach HP podzielony jest na dwie części. Na dwie części podzielone jest też oprogramowanie systemu diagnostycznego.

Pierwsza część systemu diagnostycznego obejmuje podstawowe procedury diagnostyczne. Oprogramowanie tej części systemu diagnostycznego jest „zaszyte" w pamięci na płycie głównej (BIOS). Druga część systemu diagnostycznego obejmuje natomiast rozszerzone procedury diagnostyczne. Oprogramowanie tej części znajduje się na ukrytej partycji narzędziowej na dysku twardym. W konsekwencji, pełna funkcjonalność systemu diagnostycznego, o której mowa w ppkt. 14 pkt. 2.4. Załącznika nr 7 do SWZ – „SOPZ" obejmuje zarówno część pierwszą (podstawową), jak i część drugą (rozszerzoną) systemu diagnostycznego.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający wymagał, by pełna dostępność systemu diagnostycznego (a zatem w przypadku laptopów HP część podstawowa i część rozszerzona) była dostępna także w przypadku braku lub uszkodzenia lub sformatowania dysku twardego.

Mając na uwadze założenia systemu diagnostycznego opisane przez producenta HP, w braku nośnika oprogramowania części rozszerzonej systemu diagnostycznego (uszkodzenie dysku twardego, format dysku twardego), laptop zaoferowany przez Wykonawcę Progress - w opinii Odwołującego - nie będzie posiadał pełnej funkcjonalności systemu diagnostycznego.

W przypadku uszkodzenia lub sformatowania dysku twardego, osiągnięcie pełnej funkcjonalności system diagnostycznego w laptopie HP będzie możliwe wyłącznie w przypadku podłączenia komputera do sieci i uruchomieni oprogramowania diagnostycznego z sieci internet (co Zamawiający wyraźnie wykluczył) albo wykorzystania zewnętrzneg nośnika oprogramowania diagnostycznego typu „bootowalny" pendrive. Wykonawca Progress, oferując laptop HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U/16GB/256GB/Win11P nie zaoferował dodatkowego oprogramowania diagnostycznego na zewnętrznym nośniku. Nie sposób tym samym uznać, że zaoferowany laptop spełnia wymogi Zamawiającego dot. systemu diagnostycznego.

Zarzuty odwołania wobec dwóch wykonawców dotyczące regulacji kąta obrotu monitora i gwarancji producenta dla napędu zewnętrznego zostały przez Odwołującego wycofane wobec czego stan faktyczny sprawy w tym zakresie nie wymagał omówienia.

Odnośnie gwarancji producenta „on site" dla monitora Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" pkt. 2.5. – „Doposażenie sal dydaktycznych – zakup zestawów komputerowych (15 szt.)" ppkt. 16, Zamawiający wymagał objęcia monitora wchodzącego w skład zestawu komputerowego min. 24-miesięczną gwarancją producenta świadczoną na miejscu u użytkownika końcowego (gwarancja „on site").

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Formularzem ofertowym Wykonawca Progress zaoferował dostawę monitora HP P22h G4 FHD, który co do zasady objęty jest gwarancją producenta „w serwisie", co oznacza, że w celu skorzystania z uprawnień gwarancyjnych klient jest zobowiązany do przekazania monitora do autoryzowanego serwisu. Producent dopuszcza przy tym rozbudowę gwarancji poprzez zapewnienie gwarancji „on site". Rozbudowa gwarancji stanowi jednak dodatkową usługę, której nadawany jest konkretny kod.

W tym względzie Odwołujący jako dowody załączył do odwołania „zrzuty ekranu" ze strony internetowej dystrybutora monitora HP.

Zarzucił przy tym, że oferując monitor HP P22h G4 FHD, Wykonawca Progress nie wskazał natomiast – ani w Formularzu ofertowym ani w Specyfikacji stanowiącej przedmiotowy środek dowodowy – kodu potwierdzającego rozbudowę gwarancji do gwarancji „on site". Stąd, należy uznać, że monitor zaoferowany przez Wykonawcę Progress objęty jest wyłącznie gwarancją „podstawową", nie spełniając tym samym wymogu Zamawiającego wskazanego w Załączniku nr 7 do SWZ – „SOPZ".

Zarzut nieprawidłowego wyboru oferty Wykonawcy Progress jako najkorzystniejszej Odwołujący określił jako zarzut wynikowy, stanowiący konsekwencję zaniechania Zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty Wykonawców z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia (por. pkt. I. 1. powyżej). Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, odrzucając ofertę Wykonawcy Progress, to nie naruszyłby przepisów postępowania dot. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego wykonawcy 13p Odwołujący zaprezentował analogiczną jak wyżej argumentację odnoszącą się do nie spełniania przez ofertę tego wykonawcy warunku związanego z systemem diagnostycznym laptopa.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania przez wykonawcę 13p gwarancji producenta „on site" dla monitora zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" pkt. 2.5. –

„Doposażenie sal dydaktycznych – zakup zestawów komputerowych (15 szt.)" ppkt. 16, Zamawiający wymagał objęcia monitora wchodzącego w skład zestawu komputerowego min. 24-miesięczną gwarancją producenta świadczoną na miejscu u użytkownika końcowego (gwarancja „on site").

Wyjaśnił, że zgodnie z Formularzem ofertowym Wykonawca 13p zaoferował dostawę monitora ASUS VA229QSB.

Według Odwołującego - zgodnie z informacją uzyskaną z Działu Wsparcia Technicznego producenta ASUS (korespondencja mailowa z Działem Wsparcia Technicznego ASUS), monitor zaoferowany przez Wykonawcę 13p posiada wyłącznie gwarancję producenta „w serwisie", co oznacza, że w celu skorzystania z uprawnień gwarancyjnych klient jest zobowiązany do przekazania monitora do autoryzowanego serwisu. Równocześnie, zgodnie z informacją Działu Wsparcia Technicznego, rozszerzenie gwarancji producenta o gwarancję „on site", tj. świadczoną na miejscu, u użytkownika końcowego, nie jest możliwe.

W konsekwencji – Odwołujący przyjął, że monitor zaoferowany przez Wykonawcę 13p nie odpowiada wymogom Zamawiającego określonym w Załączniku nr 7 do SWZ – „SOPZ".

W przedmiotowej sprawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Progress Systemy Komputerowe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Pismem z dnia 19 czerwca 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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 ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z dowodami, oferty Przystępującego i wykonawcy 13p sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej 13p, stanowiska Przystępującego z dnia 12 czerwca 2023 r. wraz z dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19 czerwca 2023 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 19 czerwca 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez Zamawiającego i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, że Odwołujący w piśmie z dnia 19 czerwca 2023 r. złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów sformułowanych w:

a.pkt. 1 lit. c tiret drugie odwołania, tj. zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Progress, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Progress jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. zaoferowany przez Wykonawcę Progress monitor HP P22h G4 FHD nie posiada funkcjonalności kąta obrotu (tzw. swivel),

b.pkt. 1 lit. d odwołania, tj. zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Progress, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Progress jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. zaoferowany przez Wykonawcę Progress (w ramach dostawy laptopa HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U Windows/10P/Windows11P 7K9J8AA#AKD) zewnętrzny napęd DVD o parametrach: DVD-USB-04 Gembird nie posiada 24-miesięcznej gwarancji producenta,

c.pkt. 3 lit. b. odwołania tj. zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy 13p, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy 13p jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. zaoferowany przez Wykonawcę 13p (w ramach dostawy laptopa HP ProBook 455 G9 AMD Ryzen 5 5625U Windows/10P/Windows11P 7K9J8AA#AKD) zewnętrzny napęd DVD o parametrach: DVD-USB-04 Gembird nie posiada 24-miesięcznej gwarancji producenta,

wobec czego w tej części postępowanie odwoławcze należało uznać za bezprzedmiotowe, a jako takie niepodlegające rozpoznaniu.

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania, Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt. 5, art. 239 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Przystępującego i wykonawcy 13p z powodu niezgodności treści złożonych przez nich ofert z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w sposób jednoznaczny na gruncie rozdziału VI pkt 4.4. SWZ, że nie dopuszcza składania kart katalogowych producenta, specyfikacji technicznych producenta itp. jako przedmiotowego środka dowodowego zamiast wymaganego opisu charakterystyki zaoferowanego sprzętu informatycznego i oprogramowania. Złożenie przez Wykonawcę kart katalogowych producenta, specyfikacji technicznych producenta itp. wraz z ofertą zamiast wymaganego opisu charakterystyki zaoferowanego sprzętu informatycznego i oprogramowania oznaczać będzie, że Wykonawca nie złożył wymaganego przez Zamawiającego przedmiotowego

środka dowodowego. W przypadku, gdy Wykonawca zamiast wymaganego opisu charakterystyki zaoferowanego sprzętu informatycznego i oprogramowania złoży inny dokument, np. kartę katalogową producenta, specyfikację techniczną producenta itp., Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Z powyższego postanowienia SWZ wynika, że Zamawiający podjął na etapie przygotowania treści SWZ decyzję o dokonywaniu badania i oceny zaoferowanego sprzętu jedynie na podstawie opisu charakterystyki, a zakazał wyraźnie wykonawcom wykazywania cech i właściwości produktowych za pomocą kart katalogowych producenta, specyfikacji technicznych producenta, a także innych podobnych dokumentów - taki był jednoznaczny powołany wyżej warunek zamówienia.

Jeżeli zaś wszyscy wykonawcy byli świadomi stworzenia przez Zamawiającego podobnego warunku zamówienia, to w chwili obecnej wszelkie zarzuty skierowane do Zamawiającego, że zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego i wykonawcy 13p z powodu niezbadania, niedopuszczalnego przedmiotowego środka dowodowego w postaci kart katalogowych producenta, specyfikacji technicznych producenta, a także innych podobnych dokumentów należało uznać za bezzasadne.

Niezależnie od powyższej oceny prawnej powyższego postanowienia SWZ niedopuszczającego posługiwania się przedmiotowym środkiem dowodowym za pomocą karty katalogowej producenta wymaga wskazania, że odnośnie zarzutu Odwołującego dotyczącego zadeklarowanego przez Przystępującego skanera Zamawiający oczekiwał od wykonawcy jedynie wymaganego opisu charakterystyki, który ten załączył do oferty.

W opisie tym Przystępujący zadeklarował pojemność automatycznego podajnika dokumentów ADF – 100 arkuszy i w tym zakresie jest związany ofertą.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (vide: załącznik nr 7 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – SOPZ) nie podał wymaganej grubości arkuszy papieru, które będą umieszczane w podajniku, co mogłoby pozwolić na określenie czy ilość 100 arkuszy zostanie zapewniona w zaproponowanym podajniku skanera.

Z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie przed Izbą wynikało, że 100 arkuszy papieru o grubości 0,05 mm, z których ten zazwyczaj korzysta mogą być zmieszczone w zaoferowanym podajniku, zaś przykładowo papier o grubości 0,1 mm nie mógłby spełniać powyższego wymogu SWZ.

Jeżeli Odwołujący dostrzegał tego rodzaju zależność, to powinien to zgłosić na etapie tworzenia SWZ, to jest w kwietniu br., a obecnie sformułowanie zarzutu odwołania opartego o dyspozycję przepisu art.99 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, należało uznać za spóźnione.

Stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Dodatkowo, Izba potraktowała cały wywód Odwołującego nawiązujący do wyjaśnień Przystępującego z dnia 4 maja 2023 r. za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy z przyczyn wyżej wskazanych. To samo dotyczy zgłoszonego przez Odwołującego dowodu z karty katalogowej producenta skanera Epson.

Jako przeciwdowód wzmacniający racje Zamawiającego i Przystępującego należało uznać, również oświadczenie producenta skanerów Epson z dnia 7 czerwca 2023 r. potwierdzającego, że zaoferowane urządzenie posiada podajnik dokumentów na 100 arkuszy.

Powyższy dowód może również pośrednio potwierdzać, że karty katalogowe mają charakter poglądowy i dopiero ścisła informacja uzyskana od producenta in concreto może decydować o jej walorze, przy czym podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie żądał od wykonawców potwierdzenia przez producenta posiadanych przez sprzęt cech czy właściwości w oparciu o karty katalogowe.

Oceny Izby z powyższych umotywowanych przez Izbę przyczyn nie mógł również w tej sprawie zmienić dowód Odwołującego z korespondencji mailowej przekazany do siedziby Izby elektronicznie bezpośrednio przed zamknięciem rozprawy.

Powyższa wiadomość mailowa została sygnowana w dniu 19 czerwca br. przez „Bozenę" z Centrum Obsługi Klienta Epson i Izba oceniła taki dowód za mało wiarygodny z powodu braku jej autoryzacji przez konkretną osobę.

Izba postanowiła również oddalić wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z oględzin ryzy papieru połączonej z przeprowadzeniem eksperymentu polegającego na zmierzeniu ryzy papieru na fakt wysokości 100 kartek

papieru o gramaturze 80 g/m^2, ewentualnie o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na fakt wysokości stosu 100 kartek papieru o gramaturze 80 g/m^2 i możliwości ich zeskanowania po włożeniu do automatycznego podajnika papieru skanera zaoferowanego przez Wykonawcę Progress jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy z uwagi na powyższą ocenę tej sprawy.

W zakresie dotyczącym zarzutu opartego na dowodzie Odwołującego w postaci informacji ze strony internetowej producenta HP – Testowanie pod kątem awarii na okoliczność nie spełniania powyższego wymogu związanego z treścią pkt 2.4. ppkt 14 załącznika nr 7 do SWZ – SOPZ, gdzie w zakresie bezpieczeństwa Zamawiający postanowił, że „…System diagnostyczny umożliwiający użytkownikowi przeprowadzenie wstępnej diagnostyki awarii poprzez przetestowanie: procesora, pamięci RAM, dysku, płyty głównej. Pełna funkcjonalność systemu diagnostycznego musi być dostępna również w przypadku braku lub uszkodzenia oraz sformatowania dysku twardego, braku dostępu do sieci LAN i internetu.", Izba uznała również ten dowód za nieuzasadniony z tego powodu, że nie był podobnie jak karta katalogowa przedmiotowym środkiem dowodowym, a zatem Zamawiający nie miał obowiązku żądania od wykonawcy takiego dokumentu, ani prowadzenia w tym zakresie postępowania wyjaśniającego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że argumenty Odwołującego w zakresie tego zarzutu ogniskują się wokół pojęcia „pełna funkcjonalność", lecz na pytanie zadane przez Izbę na rozprawie czy zamawiający zdefiniował pojęcie „pełna funkcjonalność" na gruncie SWZ Odwołujący wyjaśnił, że brak jest takiego pojęcia.

Ponownie, jeżeli Odwołujący zrozumiał w określony sposób dane pojęcie, to nie oznacza to, że w taki sam sposób zrozumieli go inni wykonawcy. Jako profesjonalny wykonawca Odwołujący miał prawo ewentualnego żądania ustalenia obszaru znaczeniowego pojęcia „pełna funkcjonalność" na tle owego wymagania.

W chwili obecnej zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca nie może ponosić konsekwencji z powodu braku definicji danego spornego pojęcia.

Dodatkowo, argumentację Zamawiającego i Przystępującego w tym sporze wzmocnił również dowód tego drugiego w postaci oświadczenia producenta HP inc Polska sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2023 r.

Analogiczne jest stanowisko Izby w odniesieniu do oferty wykonawcy 13p w zakresie dotyczącym wymogów diagnostyki awarii z przyczyn wyżej umotywowanych.

W części zarzutów skierowanych przeciwko wykonawcom, które mają związek z gwarancją producenta „on site", to jest gwarancją przewidującą świadczenie usługi gwarancyjnej w miejscu siedziby Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że zrzuty z ekranów ze stron internetowych określonych dystrybutorów monitora HP nie mogły stanowić podstawy dla Zamawiającego do badania i oceny złożonych przez wykonawców ofert, bowiem takie dokumenty, co zostało omówione na wstępie, były expressis verbis zabronione na gruncie SWZ.

Dodatkowo, wymaga zauważenia, że przeciwdowód na powyższe sporne okoliczności został złożony przez Przystępującego i w oświadczeniu producenta HP inc Polska sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2023 r. potwierdzono spełnianie przez jego produkt wymagań żądanej przez Zamawiającego gwarancji w zakresie świadczenia w miejscu użytkowania.

Jednocześnie, Zamawiający wykazał w drodze dowodowej, że istnieje co najmniej jeden autoryzowany serwis producenta ASUS (RAM-Serwis sp. z o.o.), który wykonuje naprawy gwarancyjne w siedzibie klienta, co również neguje zasadność zarzutu Odwołującego skierowanego wobec oferty wykonawcy 13p w zakresie monitora producenta ASUS.

Z powyższych względów – w przekonaniu Izby - Zamawiający nie miał podstawy prawnej do skorzystania z przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji - Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, z tego powodu, że warunki zamówienia zostały zakomunikowane wszystkim wykonawcom w sposób otwarty na równych zasadach.

Warunki te obejmowały również treść znaczenia przedmiotowych środków dowodowych za pomocą, których Zamawiający dokonywał badania i oceny złożonych ofert.

Według zapatrywania Izby – nierespektowanie przez Zamawiającego zakazu związanego z przedmiotowymi środkami dowodowymi w istocie oznaczałoby prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew zasadzie równości i zachowania uczciwej konkurencji oraz w warunkach braku transparentności tej procedury.

Ostatecznie, w ocenie Izby - nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.239 ust.2 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie wykazał, że wybrana najkorzystniejsza oferta nie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu lub, że nie była ofertą z najniższą ceną lub kosztem.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 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 .

Przewodniczący:……