

Sygn. akt: KIO 1895/23

## WYROK

z dnia 18 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej w Olsztynie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 1895/23

## Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezedach”, znak postępowania: 2801-ILZ.260.11.2023. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 082-247911.

W dniu 3 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, to jest:

**1)** odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy treść oferty Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia;

**2)** unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu;

*a nadto (z ostrożności):*

**3)** zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), zgodnie z przepisami art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp, celem wyjaśnienia czy treść oferty Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie czterech punktów wskazanych w piśmie Zamawiającego informującym o odrzuceniu oferty (pkt II. 1-4);

*ewentualnie również:*

**4)** zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV, zgodnie z przepisem art. 107 ust. 2 Pzp;

*względnie:*

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

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp**, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia;
2. **art. 255 pkt 2 Pzp**, poprzez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji gdy Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Konsorcjum, która jest zgodna z warunkami zamówienia;

*a nadto (z ostrożności):*

3. **art. 16 pkt 2 i 3 w zw. z art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp**, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wymaganego zgodnie z zasadą przejrzystości i proporcjonalności prowadzenia postępowania, wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), co pozwoliłoby na jednoznaczne ustalenie, że oferta Konsorcjum nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie wszystkich czterech punktów wskazanych w piśmie Zamawiającego informującym o odrzuceniu oferty (pkt II 1-4);

*ewentualnie również:*

4. **art. 107 ust. 2 Pzp**, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przewidzianego w SWZ wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV, w sytuacji gdy Konsorcjum wskazało jedynie producenta, system i ilość kamer OCR;

*względnie:*

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

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnosili o:

- 1) unieważnienie dokonanej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 2) unieważnienie dokonanej czynności unieważnienia Postępowania;
- 3) dokonanie czynności oceny oferty Konsorcjum;

*a nadto, z ostrożności:*

- 4) wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV;

*względnie:*

- 5) poprawienia w ofercie Konsorcjum stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz zawiadomienia o tym Konsorcjum i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia;

*nadto wnosili o:*

- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Odwołujący wskazał, że:

Odwołujący – Konsorcjum w składzie: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. (Lider Konsorcjum) i CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), uczestniczy jako Wykonawca w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, którego przedmiotem jest realizacja zadania pn. „Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach”, znak postępowania: 2801-ILZ.260.11.2023, numer publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 082-247911.

Pismami z dnia 23 czerwca 2023 r., przekazanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Konsorcjum, jako niespełniającej warunków zamówienia („Informacja o odrzuceniu ofert”), oraz unieważnieniu Postępowania wobec faktu, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu („Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”). Z tych samych pism Zamawiającego wynika zaniechanie przez niego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), ewentualnie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia tego przedmiotowego środka dowodowego, względnie poprawienia w ofercie Konsorcjum stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

**Dowód:** Pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 r. „Informacja o odrzuceniu ofert” i „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”.

W piśmie z dnia 23 czerwca 2023 r. „Informacja o odrzuceniu ofert” Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w czterech punktach (pkt II. 1-4) powody odrzucenia oferty Odwołującego:

II. Oferta nr 2 złożona przez Konsorcjum firm: Savicon P.S. z siedzibą w Płocku przy ul. Miłej 5, kod pocztowy 09-402 oraz Cenzin Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Czerniakowskiej 81/83, kod pocztowy 00-957 została odrzucona z uwagi na następujące niezgodności z warunkami zamówienia:

1) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 9.6.b) Zamawiający wymaga systemu operacyjnego w języku polskim. Wykonawca zaoferował system w języku angielskim.

2) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 16.2) Zamawiający wymaga min. 8 kamer CCTV. Wykonawca zaoferował 2 kamery.

3) zgodnie z zapisami wiersza nr 7 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga karty graficznej z portem USB-C (VirtualLink). W zaoferowanej przez Wykonawcę karcie graficznej NVIDIA RTX A5000 po USB-C (VirtualLink) nie występuje;

4) zgodnie z zapisami wiersza nr 12 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga obudowy typu RACK. Wykonawca zaoferował jednostkę w obudowie typu TOWER.

Stanowisko Zamawiającego co do niezgodności treści oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia jest w całości niezasadne. Oferta Konsorcjum jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający zaniechał jednocześnie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), co zdaniem Odwołującego było niezbędne w świetle przepisów art. 16 pkt 2 i 3 w zw. z art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp. Pozwoliłoby to na jednoznaczne ustalenie, że oferta Konsorcjum nie jest niezgodna z warunkami zamówienia we wszystkich czterech punktach (pkt II. 1-4) wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23 czerwca 2023 r. Wobec zaniechania przez Zamawiającego sięgnięcia do tej procedury, wniesienie przez Odwołującego niniejszego odwołania stało się konieczne, celem wykazania niezgodności z ustawą dokonanych przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum i w konsekwencji unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do poszczególnych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, wskazanych przez Zamawiającego w punktach II. 1-4 pisma z dnia 23 czerwca 2023 r. „Informacja o odrzuceniu ofert”, wskazać należy, co następuje.

#### **Punkt II. 1):**

1) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 9.6.b) Zamawiający wymaga systemu operacyjnego w języku polskim. Wykonawca zaoferował system w języku angielskim.

Wniosek Zamawiającego, że zaoferowany przez Wykonawcę system operacyjny jest w języku angielskim, jest wnioskiem nietrafnym. Zamawiający nie wskazał źródła takiego stwierdzenia i można jedynie domyśleć się, że Zamawiający kierował się tu nazwą handlową zaoferowanego systemu operacyjnego, która brzmi: *Windows 11 Pro 64bit English Box*. Nazwa handlowa produktu **nie oznacza, że system operacyjny zaoferowany przez Konsorcjum jest w języku angielskim**. Zaoferowany przez Konsorcjum system operacyjny jest w wersji multi-językowej. Oznacza to, że według preferencji użytkownika można ustawić dowolny język obsługiwany przez system Microsoft Windows 11, w tym również oczywiście język polski.

Wskazanie przez Odwołującego w Załączniku nr 9 do SWZ punkt 9.6.b): *System operacyjny: Windows 11 Pro 64bit English Box*, wynika jedynie z posłużenia się przez Wykonawcę nazwą handlową produktu z oficjalnej globalnej dystrybucji producenta Microsoft, który jest firmą amerykańską, co jednak nie determinuje języka, w jakim będzie funkcjonował dostarczony system operacyjny Microsoft Windows. Określenie to wskazuje, że jest to wersja instalacyjna „BOX” tj. pliki instalacyjne będą dostarczone w pudełku, zamiast konieczności pobierania ich z Internetu, co w żaden sposób nie wpływa na język systemu operacyjnego. Program Microsoft Windows jest najpowszechniej używanym systemem operacyjnym dla komputerów na świecie, w tym w Polsce, i okolicznością wręcz notoryjną jest to, że użytkownik w tym systemie ma możliwość wyboru języka, podczas jego instalacji, co jest czynnością niezwykle prostą.

*Procedura ustawienia języka w ramach zaoferowanego systemu operacyjnego zgodnie z wytycznymi producenta:*

*Rysunek 1. Procedura ustawienia języka w ramach zaoferowanego systemu operacyjnego.*

*Źródło: <https://support.microsoft.com/pl-pl/windows/pakiety-j%C4%99zykowe-dla-systemu-windows-a5094319-a92d-18de-5b53-1cfc697cfa8>*

System operacyjny Microsoft Windows 11 oferuje do wyboru ogromną ilość języków, w tym również jest oczywiście język polski. Należy to uznać za fakt notoryjny, wobec powszechności korzystania z tego systemu operacyjnego przez użytkowników w Polsce. Zgodnie z informacjami na stronie internetowej producenta Microsoft Windows 11, system

operacyjny jest dostępny i instalowany w różnych wersjach językowych, zaś do konkretnych wersji są przypisane pakiety językowe. Poniżej załączono wycinek tabeli zgodności językowej (kompatybilności), co jasno pokazuje, że język polski dostępny jest w każdej z nich.

*Wycinek tabeli producenta:*

*Rysunek 2. Wycinek tabeli kompatybilności językowej.*

*Źródło: <https://support.microsoft.com/pl-pl/windows/pakiety-j%C4%99zykowe-dla-systemu-windows-a5094319-a92d-18de-5b53-1cfc697cfca8>*

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że zaoferowany przez niego system operacyjny jest obsługiwany w języku polskim. Wykaz pełnej zgodności (kompatybilności) językowej przedstawia tabela umieszczona na oficjalnej stronie internetowej producenta Microsoft Windows 11, z której jasno wynika, że oferowane oprogramowania będzie dostępne w języku polskim.

## **Punkt II. 2):**

*2) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 16.2) Zamawiający wymaga min. 8 kamer CCTV. Wykonawca zaoferował 2 kamery.*

Zamawiający w pkt. 16 tabeli Załącznika nr 9 określił wymagania dla dwóch rozdzielnych obszarów dostawy: dla kamer CCTV (min. 8 szt.) oraz dla systemu OCR (min. 2 kamery, ponieważ wymagana jest rejestracja oraz rozpoznawanie tablic rejestracyjnych pojazdów z przodu i z tyłu):

**Wymagania dla kamer nadzorczych CCTV (ang. Closed-Circuit TeleVision):**

**Wymagania dla kamer OCR (ang. Optical Character Recognition):**

Jednocześnie Zamawiający wskazał w ostatniej kolumnie pkt. 16 konieczność podania nazwy producenta, systemu oraz ilość kamer:

Oczywistym dla Wykonawcy było to, że pod pojęciem „System” w tym przypadku Zamawiający rozumie jeden z kluczowych mechanizmów przedmiotu zamówienia, który służy zapewnieniu bezpieczeństwa oraz efektywności skanowania, tj. system OCR, i że odnośnie tego systemu należy podać nazwę Producenta / Systemu / Ilość kamer. System OCR daje operatorowi skanera informację, który pojazd jest kontrolowany i pozwala zidentyfikować go (połączenie widoku skanu pojazdu z numerami rejestracyjnymi pojazdu), ma więc dla przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie. Z kolei telewizja dozorowa (CCTV) składa się ze standardowych kamer nadzorczych, powszechnie używanych w zabezpieczeniu różnych obiektów, np. przedsiębiorstw, magazynów, biurów czy supermarketów itd. W związku z tym, że telewizja dozorowa CCTV jest rozwiązaniem używanym standardowo w różnego rodzaju obiektach i nie są to żadne urządzenia wysoce specjalistyczne, zaś system OCR jest jednym z kluczowych elementów przedmiotu zamówienia (wielkogabarytowego skanera), Konsorcjum w punkcie 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ, podało dane oferowanego systemu OCR: producent ASIA VISION, system VECON-VIS, składający się z kamer (co spełnia określone przez Zamawiającego wymaganie funkcji odczytu tablic rejestracyjnych z przodu i z tyłu pojazdu).

Specjalistyczny system OCR, w skład którego wchodzi dwie kamery do odczytu tablic rejestracyjnych, został wskazany przez Wykonawcę w rubryce „Producent / System / Ilość kamer”, ponieważ zarówno jego cena jak i przede wszystkim przeznaczenie w odniesieniu do projektu są nieporównywalnie wyższe niż standardowego rozwiązania jakim są kamery nadzorcze telewizji dozorowej CCTV. Cenowo system OCR stanowi 8 krotnie wyższy koszt niż 8 kamer nadzorczych CCTV. Poza tym, a właściwie przede wszystkim, system OCR stanowi integralny element podstawowego przedmiotu zamówienia – wielkogabarytowego skanera, tymczasem kamery CCTV stanowią jedynie element poboczny, pomocniczy.

Z faktu wskazania przez Odwołującego, że zaoferowany przez niego system OCR VECON-VIS produkcji ASIA VISIO posiada dwie kamery (wymagane przez Zamawiającego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów z przodu i z tyłu), Zamawiający w punkcie II. 2) pisma z dnia 23 czerwca 2023 r. „Informacja o odrzuceniu ofert” wywiódł całkowicie nie trafny i

zupełnie powierzchowny wniosek, że Konsorcjum zaoferowało 2 kamery CCTV, podczas gdy Zamawiający wymagał ich min. 8. Wniosek taki jest całkowicie nie trafny, biorąc pod uwagę wyżej przytoczone fakty, ale również to, że Konsorcjum w treści oferty (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ) w części C pkt 4 potwierdziło wolę wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ: *Oświadczamy, że zrealizujemy zamówienie zgodnie z SWZ i Projektem umowy.*

**Dowód:** oferta Konsorcjum (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ), część C pkt 4.

Tymczasem w pkt. 16.2) specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ był wyraźnie wskazany wymóg dostarczenia min. 8 szt. kamer CCTV, co oczywiście Wykonawca miał na uwadze składając ofertę. Wnioskiem zupełnie nie trafnym jest to, że Wykonawca mając pełną świadomość konieczności dostarczenia min. 8 szt. kamer nadzorczych CCTV i jednocześnie deklarując wolę wykonania zamówienia zgodnie z SWZ, wpisałby w Załącznik nr 9 do SWZ, w rubryce obok wymogu min. 8 kamer CCTV, liczbę kamer: 2, mając na myśli te kamery CCTV (co byłoby w sposób

oczywisty i jawny niezgodne z warunkami zamówienia), a nie kamery systemu OCR. Zwłaszcza, że jednocześnie wskazał nazwę producenta i systemu OCR, a nie telewizji dozorowej CCTV.

Podkreślenia wymaga również, że sam Zamawiający w punkcie II. 2) pisma z dnia 23 czerwca 2023 r. „Informacja o odrzuceniu ofert”, jest niekonsekwentny. Z jednej bowiem strony zarzucił Wykonawcy, że w pkt. 16.2) specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ zaoferował 2 kamery CCTV (podczas gdy Konsorcjum w rzeczywistości podało, że oferowany system OCR jest wyposażony w 2 kamery), z drugiej strony nie zarzucił Wykonawcy, że podał dane dla systemu OCR nazwę producenta: ASIA VISION i systemu: VECON-VIS, a nie dane dla telewizji dozorowej CCTV.

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający rzeczywiście oczekiwał podania w punkcie 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ nazwy producenta, systemu i ilości kamer telewizji dozorowej CCTV, a nie, jak uczynił to Wykonawca, systemu OCR, to konsekwentnie Zamawiający powinien był zakwestionować również sposób wypełnienia danych producenta i systemu, a nie tylko ilości kamer. W takim przypadku Zamawiający powinien był stwierdzić również niekompletność przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez Konsorcjum, wynikającą z niewskazania nazw producenta, systemu i ilości kamer telewizji dozorowej CCTV w specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ. W konsekwencji Zamawiający byłby zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego, zgodnie z przepisem art. 107 ust. 2 Pzp, czego jednak zaniechał. Zamawiający przewidział taką procedurę w dokumentach zamówienia: SWZ Rozdział XVII pkt 3 s. 13.

W doktrynie wskazuje się, że: „Obowiązek wezwania aktualizować się będzie wówczas, gdy przedmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone przez wykonawcę lub wprawdzie zostały złożone, lecz są niekompletne. Potoczne sformułowanie o niekompletności przedłożonych środków dowodowych należy tłumaczyć jako wszelkie uchybienia co do formy, daty wystawienia lub sporządzenia lub treści złożonych środków dowodowych; w istocie np. przedłożenie certyfikatu, którego ważność upłynęła, jest równoznaczne z brakiem przedłożenia wymaganego środka dowodowego. W wypadku dokumentów i oświadczeń stanowiących przedmiotowe środki dowodowe należy się opowiedzieć za stanowiskiem dopuszczającym możliwość złożenia w ramach uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wystawionych przed dniem wyznaczonym na uzupełnienie, nie zaś przed dniem składania ofert – celem żądania środków jest wykazanie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom, nie zaś sprawdzenie, czy wykonawca podoła wymaganiom stricte formalnym związanym z procedurą przetargową. Pomimo sformalizowania procesu udzielania zamówień cel stosowania przepisów powinien wyznaczać kierunki ich interpretacji.” M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 107.

W wyroku z dnia 6 grudnia 2022 r., KIO 3066/22, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Podkreślić należy, że w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełnia wymaganych dokumentów - przedmiotowych środków dowodowych - na wezwanie do ich uzupełnienia Zamawiający nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień w zastępstwie wymaganych dokumentów. W świetle postanowień SWZ, treść złożonych przez Odwołującego ww. dokumentów nie budziła wątpliwości, które miałyby podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, lecz zawierała braki odnośnie wymaganych informacji. Z przedłożonych przez Odwołującego kart charakterystyki produktów oraz z raportów z badań wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że zaoferowane przez Odwołującego materiały eksploatacyjne równoważne kompatybilne są również z innymi urządzeniami nie wymienionymi w tych dokumentach. Brak tych informacji nie może podlegać wyjaśnieniu, a jedynie ewentualnie uzupełnieniu, jednakże w tym zakresie procedura umożliwiająca uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego została wyczerpana.”

W niniejszej sprawie, gdyby pójść tokiem rozumowania Zamawiającego, że Wykonawca w punkcie 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ miał podać nazwy producenta, systemu i ilości kamer telewizji dozorowej CCTV, a nie, jak uczynił to Wykonawca, systemu OCR, to mielibyśmy właśnie do czynienia z sytuacją niekompletności przedmiotowego środka dowodowego, skoro wymagane dane nie zostały w nim wskazane. Uzasadniałoby to wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, zgodnie z przepisem art. 107 ust. 2 Pzp. Skoro w złożonym przedmiotowym środku dowodowym zabrakłoby wymaganych informacji na temat telewizji dozorowej CCTV, to bez jego uzupełnienia Zamawiający nie mógłby ostatecznie przesądzić o zgodności lub nie oferowanego przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia z warunkami zamówienia.

Wreszcie gdyby nawet przyjąć, że sposób wypełnienia przez Konsorcjum punktu 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ, poprzez wpisanie danych dotyczących systemu OCR zamiast CCTV, doprowadził do niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, to należy stwierdzić, że doszłoby do tego wyłącznie na skutek omyłki, której poprawienie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty i zastosowanie winien znaleźć przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem: *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.*

W doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że: „Omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (wyrok KIO przy UZP z 16.06.2011 r., KIO 1147/11, LEX nr 847187). Niezbędne jest jednak wykazanie, że jest to skutek niezamierzony. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa „omyłka”, należy uznać, że nie można poprawić na podstawie komentowanego przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a dokumentami zamówienia, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy, również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SWZ i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Od powyższego (tj. od działania świadomego) prowadzącego do złożenia oferty odmiennej od wymaganej w specyfikacji należy jednak odróżnić działanie niestaranne. Jeśli skutek takich działań wykonawca popełni omyłkę, która jednak może zostać poprawiona ze względu na swą nieistotność, to stopień zawinienia (przyczynienia się) wykonawcy do powstania takiej omyłki nie jest przedmiotem badania zamawiającego, a przepis nie uzależnia poprawienia omyłki od tego, czy wykonawca jest, czy nie jest winny jej powstania.” W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 223.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2021 r., KIO 2627/21, wskazane zostało: „Izba nie stwierdziła również, że zamawiający prowadził z wykonawcą niedozwolone negocjacje. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający nie negocjował treści oferty przystępującego, a jedynie po złożonych wyjaśnieniach (instytucja dopuszczona przez ustawodawcę) dokonał stosownej poprawy jej treści. Izba nie stwierdziła, że oferta wykonawcy (kosztorys ofertowy) została uzupełniona o treści wcześniej stronom nieznaną. Błąd kosztorysanta stanowi jedynie typowe uchybienie, wywołane często (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) przez modyfikacje dokumentacji przetargowej dokonane przez zamawiającego. Z błędu takiego (omyłki) nie sposób wywodzić następczo, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Nie taki jest bowiem cel złożenia oferty.” W cytowanym wyroku Izba zwróciła także uwagę na fakt, że brak istotnego charakteru zmiany w treści oferty wynikał m.in. stąd, że popełnione przez wykonawcę omyłki stwierdzono w 30 pozycjach na 1047 pozycji kosztorysu ofertowego, a wartość pozycji, w których została stwierdzona omyłka, to jedynie ok. 1% wartości całkowitej oferty.

W niniejszej sprawie nie sposób dojść do wniosku, że Odwołujący, który w ofercie zadeklarował wolę wykonania zamówienia zgodnie z SWZ (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ, część C pkt 4), w istocie miał zamiar zaoferować 2 szt. kamer CCTV, zamiast wymaganych min. 8 szt. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonym wyżej wyroku, celem złożenia oferty nie jest zasadniczo jej niezgodność z warunkami zamówienia. W niniejszej sprawie taki zamiar Konsorcjum jawiłby się zresztą jako absurdalny, ponieważ trudno rozsądnie przyjąć dążenie Wykonawcy do „zaoszczędzenia” na 6 szt. kamer CCTV (zaoferowanie 2 szt. zamiast 8 szt.), których koszt za 1 szt. wynosi około 2.000 zł, czyli sumarycznie byłoby to 12.000 zł. Oferta w Przetargu została złożona przez Konsorcjum na kwotę 16.760.110,00 zł. Wartość omawianej pozycji, co do której można by było ewentualnie rozważać omyłkę, stanowi około 0,07% wartości całkowitej oferty.

Zdaniem Odwołującego rozważenia wymaga jednak przede wszystkim to czy rzeczywiście ma rację Zamawiający, że w przedmiotowym śródku dowodowym (punkcie 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ) należało podać dane (Producenta / System / Ilość kamer) dotyczące CCTV, a nie systemu OCR jak zrobił to Wykonawca. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób *jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Opisując przedmiot zamówienia w punkcie 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ, Zamawiający w jednej rubryce zawarł wymagania dotyczące dwóch odrębnych elementów zamówienia: telewizji dozorowej CCTV oraz systemu OCR. Jednocześnie Zamawiający w tym punkcie 16 żądał podania danych (Producenta / System / Ilość kamer) dotyczących jednego z tych elementów zamówienia, nie wskazując jednak którego. Oceniając treść tego dokumentu obiektywnie, biorąc pod uwagę omówione wyżej porównanie CCTV i OCR, zarówno według kryterium cenowego, jak i stosunku każdego z tych elementów do podstawowego przedmiotu zamówienia (wielkogabarytowego skanera), należy stwierdzić, że Wykonawca miał pełne podstawy by przyjąć, że powinien podać dane dotyczące systemu OCR, a nie CCTV. W realiach sprawy trudno jest nawet być przekonany co do tego, że punkt 16 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ był przez samego Zamawiającego rozumiany w ten sam sposób zarówno na etapie tworzenia dokumentacji przetargowej, jak i badania oferty Konsorcjum. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku jednoznaczności treści dokumentacji postępowania, zwłaszcza gdy zinterpretował ją w sposób obiektywnie uzasadniony. W szczególności nie powinno to prowadzić do przyjęcia, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy Wykonawca w rzeczywistości zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący w sposób jednoznaczny w ofercie potwierdził swoją wolę wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ, mając pełną świadomość konieczności dostarczenia wymaganych kamer CCTV w ilości 8 sztuk, i taką ilość

kamer zaoferował. W treści oferty (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ) w części C pkt 4 oświadczył wolę wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ: *Oświadczamy, że zrealizujemy zamówienie zgodnie z SWZ i Projektem umowy.*

**Dowód:** oferta Konsorcjum (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ), część C pkt 4.

Koncepcja rozmieszczenia kamer nadzorczych telewizji dozorowej CCTV oraz kamer systemu OCR:

*Rysunek 3. Plan rozmieszczenie kamer CCTV oraz OCR.*

Mając na uwadze powyższe okoliczności, brak było zdaniem Odwołującego podstaw do przyjęcia, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie wskazanym w punkcie II.2) pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 r. Odrzucenie oferty Konsorcjum przez Zamawiającego naruszało przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Pozostałe zarzuty naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zostały w tej sytuacji podniesione w odwołaniu z ostrożności.

### **Punkt II. 3):**

3) zgodnie z zapisami wiersza nr 7 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga karty graficznej z portem USB-C (VirtualLink). W zaoferowanej przez Wykonawcę karcie graficznej NVIDIA RTX A5000 port USB-C (VirtualLink) nie występuje;

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z uwagi na zaproponowany typ karty graficznej, nieposiadającej portu USB-C (VirtualLink). Zamawiający w Załączniku nr 2b do SWZ określił **wymagania minimalne** dla komputera analitycznego dla systemu OKO. Zamawiający wskazał jako wymaganie minimalne technologię (rozwiązanie) nie najwyższej jakości, w aktualnym stanie zaawansowania technicznego – przestarzałą, jeśli chodzi o porty USB w komputerze. Przewidział mianowicie port USB-C (VirtualLink) w karcie graficznej oraz porty zewnętrzne: min. 5 szt. USB, w tym min. 3 szt. USB 3.0.

*Wymogi tabeli załącznika 2b związane z portami:*

*Rysunek 4. Wycinek zał. 2b do SWZ*

W szczególności technologia portu USB-C (VirtualLink) w karcie graficznej jest technologią przestarzałą – wycofaną przez samego jej producenta. Została ona całkowicie wyparta i zastąpiona nowoczesną technologią portów zewnętrznych USB-C 3.1, jakie zaproponował Wykonawca. Również porty zewnętrzne podane w wymaganiach minimalnych przez Zamawiającego: min. 3 x USB 3.0, to technologia starsza, gorsza niż zaoferowane przez Odwołującego porty zewnętrzne USB 3.1.

Należy wskazać, że określona przez Zamawiającego w wymaganiach minimalnych technologia portu USB-C (VirtualLink) w karcie graficznej odwołuje się wprost do urządzeń producenta kart graficznych firmy NVIDIA. **VirtualLink jest bowiem znakiem towarowym firmy NVIDIA**

Informacja na ten temat znajduje się na oficjalnej stronie internetowej tego producenta pod adresem: <https://www.nvidia.com/pl-pl/about-nvidia/legal-info/>.

*Wycinek z informacji prawnych NVIDIA:*

#### **INFORMACJE O ZNAKACH TOWAROWYCH**

NVIDIA, logo NVIDIA, 3D Play, 3D Vision Pro, 4-Plus-1, APEX, BattleBox, BFGD, Big Format Gaming Display, CUI Dabblers, DALI, DGX Station, DirectStylus, DirectTouch, Game Ready, GameStream, Geared For Gaming, GeForce Experience, GeForce GTX, GeForce RTX, GPUDirect, G-SYNC, GRID LINK, GRID VGX, IceClear, ICERA, AI, Iray, Jetson, Jetson AGX Xavier, Kepler, Made To Game, Maximus, Mental Ray, NSIST on NVIDIA, nTesseract, NVIDIA Vision, NVIDIA AGX, NVIDIA AutoWorks, NVIDIA BATTERY BOOST, NVIDIA BFGD, NVIDIA Big Format Gaming Display, NVIDIA Business Platform, NVIDIA Clara, NVIDIA DALI, NVIDIA Denver, NVIDIA DesignWorks, NVIDIA DGX, NVIDIA POD, NVIDIA DGX Superpod, NVIDIA DRIVE, NVIDIA DRIVE Autopilot, NVIDIA DRIVE Constellation, NVIDIA DRIVE Hyperion, NVIDIA DRIVE Sim, NVIDIA GameWorks, NVIDIA GPU BOOST, NVIDIA GPU CLOUD, NVIDIA GRID, NVIDIA GRID vGPU, NVIDIA G-SYNC, NVIDIA HGX, NVIDIA Holodeck, NVIDIA IndeX, NVIDIA Isaac, NVIDIA Isaac SDK, Isaac SIM, NVIDIA Jetpack, NVIDIA Kepler, NVIDIA Maglev, NVIDIA Maximus, NVIDIA Maxwell, NVIDIA nForce, NVIDIA OptiX, NVIDIA Orin, NVIDIA PartnerForce, NVIDIA PureAudio, NVIDIA Quadro, NVIDIA RTX, NVIDIA SHIELD, NVIDIA SLI Ready, NVIDIA Slide Cover, NVIDIA SPOT, NVIDIA Tegra, NVIDIA Turing, nView, NVLink, NVS, NVS with OpenACC, OpenAutomate, Optimus, OptiX, Pascal, Pegasus, PGI, PGI Visual Fortran, PhysX, Quadro, Quadro Experience, Quadro RTX, RealityServer, SceniX, Shadowplay, SHIELD, SLI, Surround, Tegra, Tegra NOTE, Tegra Zone, TensorRT, Tesla, The Way It's Meant to be Played, TWIMTBP, ULMB, vGPU, Vibrante, VisionWorks, VirtualLink, VRLync i Xavier są znakami towarowymi i/lub zarejestrowanymi znakami towarowymi NVIDIA Corporation w Stanach Zjednoczonych i/lub pozostałych krajach. Pozostałe nazwy firm i produktów mogą być znakami towarowymi odpowiednich firm, z którymi są związane.

Znaki towarowe firmy NVIDIA mogą być wykorzystywane publicznie wyłącznie za zgodą firmy NVIDIA. Żadna część niniejszej umowy nie może być interpretowana, jako przyznanie takiego pozwolenia. Prawne wykorzystanie znaków

towarowych NVIDIA w reklamie i promocji produktów firmy NVIDIA wymaga odpowiedniego potwierdzenia.

*Rysunek 5. Wycinek dotyczący znaków towarowych z informacji prawnych zamieszczonych na stronie internetowej NVIDIA z zaznaczonym znakiem towarowym VirtualLink.*

Technologia portu USB-C VirtualLink w kartach graficznych została wycofana około 2020 roku. Produkowane aktualnie najnowocześniejsze karty graficzne nie używają już tej technologii. Jak wyżej wspomniano, jest ona obecnie całkowicie wyparta przez technologię nowoczesnych portów zewnętrznych USB-C 3.1 (na płycie głównej). W doniesieniach samego producenta kart graficznych z USB-C VirtualLink firmy NVIDIA możemy znaleźć wzmiankę z 2018 roku (kiedy technologia ta była wdrażana) z przekierowaniem do strony dedykowanej standardowi VirtualLink: [www.virtuallink.org](http://www.virtuallink.org), która z kolei aktualnie przekierowuje automatycznie na domenę Wikipedia, ponieważ standard VirtualLink nie jest już wspierany ani rozwijany, co zostało opisane na stronie Wikipedii.

Źródło: <https://support.nvidia.eu/hc/pl/articles/360001007260-Czy-port-USB-C-na-mojej-karcie-graficznej-obs%C5%82uguje-VirtualLink->

W Internecie można znaleźć również wiele artykułów branżowych potwierdzających, że złącze VirtualLink zostało wyparte przez USB-C 3.1. Przykład: „Branża VR porzuciła ważną technologię, ale pewnie i tak o nim nie pamiętasz” 7 września 2020 r. Cytat: „Pamiętacie złącze VirtualLink, które zostało wprowadzone przy okazji premiery kart GeForce RTX 2000? Nie? Jakoś nas to nie dziwi, bo standard raczej nie spotkał się z dużym zainteresowaniem i ostatecznie został porzucony przez pomysłodawców.”

Źródło: <https://www.benchmark.pl/aktualnosci/standard-virtuallink-odszedl-w-zapomnienie-ale-chyba-nikogo-to.html>

Mając na uwadze powyższe fakty Wykonawca stanął w Postępowaniu przed wyborem: albo spełnić wymagania minimalne określone przez Zamawiającego dla komputera analitycznego systemu OKO poprzez zaoferowanie karty graficznej starszej generacji (przestarzałej technologii), posiadającej złącze USB-C VirtualLink, albo spełnić wymagania minimalne Zamawiającego poprzez **zaoferowanie rozwiązania równoważnego** do wskazanej przez Zamawiającego technologii opatrzonej znakiem towarowym VirtualLink, konkretnie zaoferowanie technologii nowoczesnej, pod każdym względem lepszej.

Konsorcjum, kierując się interesem Zamawiającego, dążąc do wykonania przedmiotu zamówienia jak najlepszej jakości, a nie z użyciem technologii przestarzałej, zdecydowało się na to drugie rozwiązanie, czyli zaoferowanie **rozwiązania równoważnego do opisanego przez Zamawiającego przy użyciu znaku towarowego VirtualLink**, w rozumieniu przepisami art. 99 ust. 5 i 6 Pzp. Zgodnie ze wskazanymi przepisami art. 99 Pzp:

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Zauważyć należy, że sam Zamawiający w SWZ w Rozdziale XVI „Opis przedmiotu zamówienia i równoważności” w punkcie 3 „Rozwiązania równoważne” s. 11 przewidział możliwość stosowania przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych w przypadku opisu przedmiotu zamówienia z użyciem znaku towarowego i określił kryteria równoważności:

„W przypadku, gdy w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować materiały lub

urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.”

**Dowód:** SWZ Rozdział XVI pkt 3 s. 11.

Wykonawca mając na uwadze przepisy Pzp i treść SWZ oraz dążąc do zaoferowania przedmiotu zamówienia najwyższej jakości, zdecydował się na zaoferowanie rozwiązania równoważnego, tj. lepszego niż minimalne wymagania technologiczne opisane przez Zamawiającego z użyciem znaku towarowego VirtualLink. **Wykonawca spełnił z nadatkiem wszelkie wymagania techniczne określone w SWZ (Załączniku nr 2b do SWZ) jako minimalne dla portów USB komputera analitycznego systemu OKO.** Wykonawca zaproponował zestaw komputerowy składający się z mocniejszej i nowszej generacyjnie karty graficznej i komputera Precision 5820 do zastosowań przemysłowych, który jest wyposażony w 10 najnowocześniejszych złączy USB 3.1, w tym 2 złącza typu USB-C 3.1, które są technologicznymi następcami rozwiązań wskazanych jako minimalne wymagania przez Zamawiającego. Zarówno

nieużywanego już aktualnie standardu USB-C VirtualLink, jak i starszej generacji złączy USB 3.0.

**Podsumowując wymagania co do komputera analitycznego systemu OKO w odniesieniu do ilości i rodzaju portów:**

LP	WymaganiainimalneZamawiającego	Oferowanyprzez Wykonawcękomputer
1	Wyjścia HDMI(bez podania ilości min.)	TAK, 2 szt.
2	Display port (bez podania ilości min.)	TAK, 2 szt.
3	Wyjście USB-C (bez podania ilości min.)	TAK, 2 szt., z czego wszystkie w technologii 3.1
4	WyjściaUSB min.5 szt., z czego min 3 szt.w technologii3.0	TAK, 8 szt., z czego wszystkie w technologii 3.1

*Wycinek z karty produktowej oferowanego komputera:*

*Rysunek 6. Wycinek z karty produktowej przedstawiający porty i gniazda woferowanym komputerze analitycznym do systemu OKO.*

Wykonawca w zaproponowanym komputerze analitycznym przewyższył znacząco wymagania minimalne Zamawiającego, poprzez wyposażenie komputera analitycznego w najnowocześniejsze złącza USB 3.1 (w tym 2 szt. USB-C 3.1) zamiast USB-C (VirtualLink) oraz USB 3.0. Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie charakteryzuje się znacznie wyższą przepustowością, efektywnością przesyłu danych, przy mniejszym obciążeniu komputera. Spełnia wszystkie wymagania określone jako minimalne przez Zamawiającego w stopniu lepszym. Zaoferowane rozwiązanie portów USB-C wyższej generacji, tj. 3.1 na płycie głównej, jest technologicznie nie tylko rozwiązaniem „równoważnym”, ale po prostu znacznie lepszym, ponieważ w pełni obsługuje wszystkie funkcje VR wszystkich producentów, charakteryzuje się znacznie wyższą przepustowością, oraz w pełni wykorzystuje moc obliczeniową zarówno procesora głównego jak i karty graficznej, zamiast tylko karty graficznej, jak to miało miejsce w przypadku standardu VirtualLink, przez co jest rozwiązaniem bardziej optymalnym i lepszym pod każdym względem.

**Punkt II. 4):**

4) zgodnie z zapisami wiersza nr 12 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga obudowy typu RACK. Wykonawca zaoferował jednostkę w obudowie typu TOWER.

Wniosek Zamawiającego, że zaoferowany przez Wykonawcę komputer nie będzie dostarczony w obudowie typu RACK, jest wnioskiem nieprawidłowym. Zamawiający nie ujawnił w punkcie II. 4) podstaw, na jakich oparł swoje wnioskowanie. Wykonawca zaoferował profesjonalne rozwiązanie w postaci komputera firmy DELL o nazwie handlowej *Precision 5820 Tower*, co, jak można się domyślać, Zamawiający zinterpretował w ten sposób, że Wykonawca chce dostarczyć komputer w obudowie TOWER, tj. rozwiązanie niezgodne z zapisami specyfikacji warunków zamówienia (wierszem nr 12 Załącznika nr 2b do SWZ). W punkcie 9 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ Zamawiający wymagał podania modelu oraz producenta komputera, co Wykonawca uczynił. Zamawiający nie wymagał podania w jakiej obudowie komputer zostanie dostarczony i Wykonawca takich danych nie podał, a jedynie **potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawcę parametry komputera są zgodne z wymaganiami minimalnymi określonymi przez Zamawiającego, m.in. co do dostarczenia komputera w obudowie RACK** (pkt 9 ppkt 6 lit. b Załącznika nr 9 do SWZ w zw. z wierszem nr 12 Załącznika nr 2b do SWZ), **co Konsorcjum w punkcie 9 Załącznika nr 9 do SWZ potwierdziło.**

Sama nazwa handlowa komputera *Precision 5820 Tower* nie oznacza bynajmniej, że komputer został zaoferowany przez Odwołującego w obudowie typu TOWER, a nie obudowie typu RACK. Przeciwnie oświadczenie Wykonawca złożył w wyżej przytoczonym punkcie 9 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ, a także w treści oferty (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ) w części C pkt 4, potwierdzając wolę wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ: *Oświadczamy, że zrealizujemy zamówienie zgodnie z SWZ i Projektem umowy.*

**Dowód:** punkt 9 specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ; oferta Konsorcjum (formularz ofertowy – Załącznik nr 1 do SWZ), część C pkt 4.

W tym miejscu należy podkreślić, że **zgodnie ze specyfikacją producenta firmy DELL komputer z serii Precision 5820 Tower zaleca się montować właśnie w systemie RACK** Sposób montażu został określony w instrukcji producenta. Instrukcję montażu zaoferowanego komputera w obudowie RACK Odwołujący załącza do odwołania3 wraz z tłumaczeniem.

**Dowód:** instrukcja montażu zaoferowanego komputera w obudowie RACK wraz z tłumaczeniem.

*Wycinek z instrukcji producenta prezentujący końcowy etap montowania komputera Precision 5820 Tower w obudowie typu RACK:*

*Rysunek 7. Wycinek z instrukcji producenta prezentujący ostatni etap instalacji zaoferowanego komputera w obudowie RACK.*

Przedstawiona przez Odwołującego instrukcja producenta uwidacznia jak prostym i szybkim zabiegiem jest montaż zaoferowanego komputera w obudowie typu RACK. Można się o tym przekonać również oglądając film instruktażowy montażu na oficjalnej stronie producenta komputera firmy DELL: <https://www.dell.com/support/contents/pl-pl/videos/videoplayer/how-to-convert-to-rack-mount-for-precision-5820-7820/6079767605001>.

Jednocześnie **Wykonawca podkreśla, że w celu realizacji przedmiotu zamówienia, zamówi konkretne rozwiązania techniczne od oficjalnego, autoryzowanego dystrybutora firmy DELL, który zgodnie ze specyfikacją złożonego**

**zamówienia skonfiguruje oraz dostarczy komputer w obudowie RACK** w wybranym przez Wykonawcę kolorze oraz z trwałym oznaczeniem nazwy producenta, nazwy komputera oraz numeru seryjnego (zgodnie z wierszem nr 12 Załącznika nr 2b do SWZ).

Jedynie na marginesie powyższych rozważań można wskazać, że obudowa typu RACK (szafa RACK) jest prostym, powszechnie używanym, niedrogim rozwiązaniem, którego koszt to około 4.000 zł. Obudowa RACK komputera jest jedynie elementem pobocznym podstawowego przedmiotu zamówienia, którym jest wielkogabarytowy skaner. Przedmiotowe urządzenie RTG to sprzęt wysoce specjalistyczny i bardzo drogi. Oferta w Przetargu została złożona przez Konsorcjum na kwotę 16.760.110,00 zł. Wartość omawianej pozycji (obudowy RACK), stanowi jedynie około 0,02% wartości całkowitej oferty.

Mając powyższe na względzie i kierując się poglądami Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonymi w orzecznictwie cytowanym w niniejszym odwołaniu powyżej, w części dotyczącej punktu II. 2) pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 r., należałoby stwierdzić, że w przypadku przyjęcia przez Zamawiającego omyłki co do zaoferowania komputera w niezgodnej z SWZ obudowie, Zamawiający powinien był dokonać poprawienia w ofercie Odwołującego takiej omyłki, zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp. Taka ewentualna omyłka Wykonawcy, gdyby ona miała miejsce, kwalifikowałaby się niewątpliwie do poprawy przez Zamawiającego, jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Pełne zastosowanie w tym zakresie znajdują rozważania zawarte powyżej w odwołaniu, w części dotyczącej punktu II. 2) pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 r.

Odnosnie zaoferowanego przez Odwołującego komputera do systemu OKO, nie ma jednak, co zostało wykazane wyżej, jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że zachodzi niezgodność jego obudowy z wymaganiami określonymi w SWZ. Wykonawca jednoznacznie, w treści oferty oraz specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ, zaoferował rozwiązanie zgodne z warunkami zamówienia, tj. dostarczenie komputera w obudowie RACK. Wobec tego nie zaistniała sytuacja niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, wskazana przez Zamawiającego w punkcie II. 4) pisma z dnia 23 czerwca 2023 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Pzp o wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej kwoty określone w obwieszczeniu wydanym na podstawie art. 3 ust. 2 Pzp, pn. „Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach”, znak postępowania 2801-ILZ.260.11.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 082-247911.

W postępowaniu oferty założyły dwa pomioty – Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Poleczki 32 oraz Konsorcjum firm: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający odrzucił w postępowaniu oferty obu firm, w związku z czym dokonał unieważnienia postępowania.

Konsorcjum firm: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Savicon P.S. oraz CENZIN Sp. z o.o. uznało czynności podjęte przez Izbę Administracji Skarbowej w Olsztynie, polegające na odrzuceniu ich oferty i unieważnienie postępowania za naruszające przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odwołujący zarzuca, naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji gdy Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Konsorcjum, która jest zgodna z warunkami zamówienia;
3. art. 16 pkt 2 i 3 w zw. z art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wymaganego zgodnie z zasadą przejrzystości i proporcjonalności prowadzenia postępowania, wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), co pozwoliłoby na jednoznaczne ustalenie, że oferta Konsorcjum nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie wszystkich czterech punktów wskazanych w piśmie Zamawiającego informującym o odrzuceniu oferty (pkt II 1-4);
4. art. 107 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przewidzianego w SWZ wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV, w sytuacji gdy Konsorcjum wskazało jedynie producenta, system i ilość kamer OCR;
5. art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Konsorcjum

stwierdzonych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz niedokonania zawiadomienia o tym Konsorcjum i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia.

Odwołanie złożone przez Konsorcjum firm: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Savicon P.S. oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest nieuzasadnione.

Odnosząc się szczegółowo do argumentacji zawartej w odwołaniu, w zakresie przyczyn odrzucenia ofert należy wskazać, iż:

1. w punkcie II. 1) odwołania Odwołujący formułuje tezę, iż wniosek Zamawiającego dotyczący odrzucenia oferty za niezgodność systemu Windows jest wnioskiem nietrafnym oraz, że Zamawiający kierował się nazwą handlową zaoferowanego systemu operacyjnego, która brzmi: Windows 11 Pro 64bit English Box.

Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum, ponieważ jest niezgodna z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga systemu operacyjnego w języku polskim. Wykonawca zaoferował system w takiej wersji, w której podczas instalacji dostępny jest język angielski, a dopiero po zakończeniu instalacji i podłączeniu do internetu można pobrać polski pakiet językowy, czego nie można było wywieść wprost z treści specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Wykonawca nie zawarł w specyfikacji w tym zakresie dodatkowych informacji i wyjaśnień). Polityka bezpieczeństwa sieci WAN Resortu Finansów ogranicza dostęp komputerów z sieci Resoru do zasobów dostępnych w internecie, stąd określone przez Zamawiającego w dokumentacji wymagania.

2. W punkcie II. 2) odwołania Odwołujący porusza aspekt kamer CCTV oraz kamer OCR.

Kluczowym mechanizmem zapewniającym bezpieczeństwo skanera nie jest jak pisze Odwołujący system OCR lecz system telewizji dozorowej CCTV. To który element zamówienia (w odniesieniu do kamer) jest dla Zamawiającego kluczowy nie można wywodzić z subiektywnego przekonania Odwołującego wywiedzionego w oparciu o cenę i przeznaczenie. Kamery systemu OCR służą jedynie do sczytywania tablic rejestracyjnych pojazdów. W przypadku braku aktywności kamer operator może wpisać ręcznie dane pojazdu po czym może przystąpić do prześwietlania pojazdu.

W przypadku braku kamer CCTV oraz ich mniejszej ilości lub przy niedziałającym systemie CCTV nie ma możliwości bezpiecznego skanowania pojazdów, co jest dla Zamawiającego kwestią kluczową. Operator urządzenia RTG musi obserwować otoczenie strefy prześwietlania jak również strefy bezpośrednio przylegającej do niej, aby przypadkowe osoby nie wkroczyły w strefę promieniowania – co jeśli nastąpi, operator natychmiast wyłącza urządzenie RTG emitujące promieniowanie.

Niczym nieuzasadniony jest przy tym wniosek Odwołującego, że zaoferował on 2 kamery OCR, bo tego wymagał Zamawiający. Zamawiający w załączniku nr 9 do SWZ w punkcie 16 nie zawarł żadnych szczególnych wymagań technicznych ani ilościowych dla systemu OCR, ponieważ nie było takiej potrzeby z uwagi na fakt, iż system OCR na jednym stanowisku najczęściej wyposażony jest w 2 kamery. Natomiast w punkcie 16.2, 16.3 i 16.7 zawarte są specyficzne wymagania systemu CCTV. W tabeli załącznika nr 9 do SWZ miejsce wpisania informacji dotyczących producenta, systemu i ilości kamer znajdują się dokładnie obok (na tej samej wysokości) wytycznych dotyczących systemu telewizji dozorowej CCTV.

Ponadto Zamawiający w załączniku nr 9 do SWZ tj. we wzorcowym dokumencie przedmiotowego środka dowodowego wskazał wyraźnie w instrukcji znajdującej się pod tabelą m.in., że wykonawca może umieścić dodatkowo inne informacje mające wpływ na prawidłową identyfikację ofertowanych urządzeń / sprzętu itp. Odwołujący nie skorzystał z powyższej możliwości wysnuwając błędne wnioski. Nie skorzystał też z możliwości złożenia zapytania w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości na etapie pomiędzy wszczęciem postępowania - do otwarcia ofert.

Ewentualne wezwanie do wyjaśnień było pozbawione jakichkolwiek przesłanek, ponieważ wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie mógłby uznać np. oczywistej omyłki pisarskiej jeśli Wykonawca poprawiłby ilość kamer z 2 na 12.

3. W punkcie II.3) odwołania Odwołujący porusza aspekt portu USB-C (VirtualLink). Zamawiający odrzucił ofertę m.in. za brak portu USB-C (VirtualLink) w zaproponowanej przez Wykonawcę karcie graficznej NVIDIA RTX A5000.

Technologia USB-C VirtualLink umożliwia Zamawiającemu przesłanie sygnału wideo oraz podłączenie wszystkich urządzeń peryferyjnych za pomocą jednego przewodu. Ma to szczególne znaczenie, ponieważ stacja do systemu OKO zgodnie z OPZ ma znajdować się w pomieszczeniu serwerowni a operator tego systemu nie ma dostępu do tego pomieszczenia. Mimo to musi on mieć możliwość korzystania z tego systemu na stanowisku operatorskim (niezbędne do jego obsługi jest: monitor, mysz, klawiatura, dysk zewnętrzny) znajdującym się w osobnym pomieszczeniu.

Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego na rynku dostępne są karty graficzne z wejściem USB-C (VirtualLink) np. NVIDIA RTX 2080.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż Wykonawca, który składa ofertę na urządzenia równoważne, ma dodatkowe obowiązki złożenia zamawiającemu wraz z ofertą dowodu, na podstawie którego można stwierdzić, że cechy oferowanego urządzenia są nie gorsze niż rozwiązanie wzorcowe określone w SWZ. Jak trafnie podnosi się w doktrynie

"Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r., KIO 709/15, oraz z dnia 28.03.2023r., KIO 695/23)". (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 Pzp, Legalis). Z pewnością wyjaśnienie tych kwestii przez Odwołującego na etapie odwołania tych wymogów nie spełnia.

4. W punkcie II.4) odwołania Odwołujący odnosi się do kwestii obudowy typu RACK. Zamawiający nie miał wiedzy, iż komputery z serii Dell Precision 5820 Tower mają możliwość montażu w systemie RACK, z kolei Odwołujący nie skorzystał z możliwości szerszego opisanie zaproponowanej obudowy tak, aby zamawiający wiedział, że spełnia ona jego jasno opisane warunki, co mógł uczynić zgodnie z instrukcją zawartą pod tabelą wskazującą m.in. że wykonawca może umieścić dodatkowo inne informacje mające wpływ na prawidłową identyfikację ofertowanych urządzeń / sprzętu itp. Ponadto dokumentacja postępowania została skierowana do profesjonalistów (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp), którzy składając ofertę powinni w niej jednoznacznie sprecyzować co oferują zamawiającemu.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Jeżeli zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, podstawą wezwania do wyjaśniania ich treści jest art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. W takim przypadku przedmiotowy środek dowodowy stanowi treść oferty.

W postępowaniu dot. modernizacji wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach Zamawiający żądał przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zastosowanie instytucji wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 Pzp wymaga wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, w szczególności z sytuacji, gdy zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić rzeczywistej woli wykonawcy. W orzecznictwie KIO utrwalony jest pogląd zgodnie z którym uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 Pzp. Wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona oferta.

W orzecznictwie KIO ( vide: wyrok z 15.10.2021, KIO 2874/21) wskazuje się przy tym, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Reguły wykładni oświadczeń woli, obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę. (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 223.) W niniejszej sprawie treść oferty (danych podanych w specyfikacji funkcjonalno-technicznej) w zakresie systemu operacyjnego , ilości kamer, rodzaju karty graficznej oraz obudowy) była jasna i nie budziła wątpliwości Zamawiającego.

Z kolei na mocy ust. 2 pkt 1 art. 223 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. W świetle poglądu utrwalonego w orzecznictwie sądowym są to takie omyłki, co do których nie zachodzą żadne wątpliwości, że błędny zapis jest wynikiem przeoczenia, niewłaściwego doboru słów, widocznej mylnej pisowni lub widocznego niezamierzonego opuszczenia jednego lub więcej wyrazów" . W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli ( wyrok NSA w Warszawie z 23.04.2001 r., II SA 863/00, LEX nr 75522.

W ust. 2 pkt 3 art. 223 ustawa Pzp nakazuje natomiast zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek,

niebędących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub niebędących oczywistymi omyłkami rachunkowymi, lecz polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu muszą zostać spełnione następujące przesłanki: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawa omyłki w trybie ust. 2 pkt 3 jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 Pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę, że konieczność poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z tych powodów w orzecznictwie KIO, wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty. W niniejszej sprawie nie sposób uznać, iż z treści oferty i specyfikacji funkcjonalno - technicznej Zamawiający mógł wywieść informacje, o których mowa w odwołaniu w zakresie m.in. obudowy typu TOWER i języka systemu operacyjnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp wskazać należy, iż zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przepis ten daje wykonawcy możliwość uzupełnienia wyłącznie w dwóch sytuacjach, tj., gdy pierwotnie złożone przedmiotowe środki dowodowe były niekompletne lub wykonawca w ogóle ich nie złożył. Należy zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do regulacji odnoszących się do podmiotowych środków dowodowych, przepis ten nie pozwala na poprawienie przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, kiedy zawierają one błędy. W konsekwencji, jeśli wykonawca do oferty złoży wymagany przedmiotowy środek dowodowy, który nie potwierdza, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, to zamawiający nie będzie mógł wystosować wezwania, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Pzp ( A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 107).

Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia (Wyrok KIO z 25.02.2022 r., KIO 338/22, KIO z 28.03.2023 r., KIO 695/23.)

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 107 ust. 4 Pzp kierowany jest do zamawiającego, który ma uprawnienie, a nie obowiązek z niego skorzystać. Zamawiający musi bowiem, wzywając do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp, sprecyzować jakie to powstały po jego stronie wątpliwości, które podlegają wyjaśnieniu przez wykonawcę. (Wyrok KIO z 04.04.2023 r., KIO 811/23.)

W niniejszej sprawie Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego ponieważ miał świadomość, że ewentualne wyjaśnienia bez wątpienia prowadziłyby do zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego, co sam Odwołujący również potwierdził w przygotowanej treści odwołania.

Reasumując, skoro złożony z ofertą Odwołującego przedmiotowy środek dowodowy wskazywał, że jest ona niezgodna z dokumentacją zamówienia tj. z opisem przedmiotu zamówienia i pozostałymi załącznikami - to takiej wady nie można było sanować, a ofertę należało odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 082-247911.

W dniu 3 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, to jest:

**1)** odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy treść oferty Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia;

**2)** unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu;  
*a nadto (z ostrożności):*

**3 )** zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), zgodnie z przepisami art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp, celem wyjaśnienia czy treść oferty Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie czterech punktów wskazanych w piśmie Zamawiającego informującym o odrzuceniu oferty (pkt II. 1-4);

*ewentualnie również:*

4) zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV, zgodnie z przepisem art. 107 ust. 2 Pzp;

*względnie:*

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

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

**1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp**, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia;

**2. art. 255 pkt 2 Pzp**, poprzez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji gdy Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Konsorcjum, która jest zgodna z warunkami zamówienia;

*a nadto (z ostrożności):*

**3. art. 16 pkt 2 i 3 w zw. z art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp**, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wymaganego zgodnie z zasadą przejrzystości i proporcjonalności prowadzenia postępowania, wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), co pozwoliłoby na jednoznaczne ustalenie, że oferta Konsorcjum nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie wszystkich czterech punktów wskazanych w piśmie Zamawiającego informującym o odrzuceniu oferty (pkt II 1-4);

*ewentualnie również:*

**4.art. 107 ust. 2 Pzp**, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przewidzianego w SWZ wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowego środka dowodowego (specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 9 do SWZ), w zakresie dotyczącym wskazania ilości kamer CCTV, w sytuacji gdy Konsorcjum wskazało jedynie producenta, system i ilość kamer OCR;

*względnie:*

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

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. w Płocku oraz CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 32, 02-822 Warszawa.

Odwołujący pismem z dnia 13 lipca 2023 r. zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego Multicontrol sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

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

Zgodnie z art. 16 pkt 2 i 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej

oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy PZP, W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do zgłoszonej opozycji przez Odwołującego przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego Multicontrol sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołującego, ponieważ interes wskazany przez Przystępującego przy przystąpieniu nie jest interesem, o którym mowa w art. 525 ust. 3 ustawy PZP, ze względu na to, iż interes wskazywany przez Przystępującego miał charakter interesu przyszłego i hipotetycznego, o czym świadczą słowa Przystępującego: „Wymiernym pożytkiem dla Przystępującego jest w niniejszej sprawie wszczęcie przez Zamawiającego nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu, którego przedmiotem będzie realizacja tego samego zadania, którego dotyczyło Postępowanie przetargowe i w którym Przystępujący będzie mógł wziąć udział. Przystępujący będzie miał szansę realizacji zamówienia, jeśli w nowym przetargu jego oferta będzie najkorzystniejsza oraz uzyskania korzyści z tym związanych – przede wszystkim wynagrodzenia”.

Nadto Izba zważa, że w dniu 23 czerwca 2023 r. oferta Przystępującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy PZP, a na powyższą czynność Zamawiającego, Przystępujący nie wniósł odwołania. W związku z powyższym, w dacie wniesienia przystąpienia Przystępujący nie był już wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy PZP, zaś zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy PZP prawo do wniesienia przystąpienia przysługuje wykonawcy.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że w piśmie z dnia 23 czerwca 2023 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu”. Z kolei w „Informacji o odrzuceniu ofert” Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przy czym ofertę Odwołującego z uwagi na następujące niezgodności z warunkami zamówienia:

„1) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 9.6.b) Zamawiający wymaga systemu operacyjnego w języku polskim. Wykonawca zaoferował system w języku angielskim.

2) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 16.2) Zamawiający wymaga min. 8 kamer CCTV. Wykonawca zaoferował 2 kamery.

3) zgodnie z zapisami wiersza nr 7 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga karty graficznej z portem USB-C (VirtualLink). W zaoferowanej przez Wykonawcę karcie graficznej NVIDIA RTX A5000 por

USB-C (VirtualLink) nie występuje;

4) zgodnie z zapisami wiersza nr 12 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga obudowy typu RACK. Wykonawca zaoferował jednostkę w obudowie typu TOWER”.

Izba zważy, że zgodnie z rozdziałem XVII ust. 1 SWZ, Zamawiający wymagał od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

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

b) deklarację zgodności CE wydaną przez producenta Urządzenia RTG.

Odnosząc się do zapisu: „1) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 9.6.b) Zamawiający wymaga systemu operacyjnego w języku polskim. Wykonawca zaoferował system w języku angielskim”.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 15 załącznika nr 2b do SWZ, Specyfikacja: komputer analityczny dla systemu OKO – Zamawiający wymagał: „Fabrycznie nowy, nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu, zainstalowany przez producenta komputera system operacyjny Windows 10 Professional 64bit PL, niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu w firmie Microsoft lub system równoważny”, natomiast Odwołujący w załączniku nr 9 do SWZ w zakresie punktu 9.6 b) zaoferował system operacyjny: Windows 11 Pro 64bit English Box.

Izba zważy, że stwierdzenie Zamawiającego na rozprawie, iż Odwołujący zaoferował Windows 11 zamiast Windows 10, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w powyższym zakresie był brak zaoferowania systemu operacyjnego w języku polskim.

Izba wskazuje, że Odwołujący posłużył się nazwą handlową produktu producenta Microsoft, jednakże Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i konkretnym wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał system operacyjny Windows 10 Professional 64bit PL, a nie system operacyjny Windows 11 Pro 64bit English Box. Należy również podkreślić, że istnieje na rynku system operacyjny wersją polską z oznaczeniem PL, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, co oznacza zdaniem Izby, że nic nie stało na przeszkodzie, aby w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zaoferował wersję „polską”, a nie „English Box” obsługujący również język polski.

Odnosząc się do zapisu: „2) zgodnie z zapisami specyfikacji funkcjonalno – technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do Specyfikacji warunków zamówienia punktu 16.2) Zamawiający wymaga min. 8 kamer CCTV. Wykonawca zaoferował 2 kamery”.

W pierwszej kolejności Izba zważy, że stwierdzenie Zamawiającego, iż kluczowym mechanizmem zapewniającym bezpieczeństwo skanera jest system telewizji dozorowej CCTV a nie system OCR, jest zdaniem Izby stwierdzeniem wiarygodnym, ponieważ w przypadku braku kamer CCTV oraz ich mniejszej ilości lub przy niedziałającym systemie CCTV nie ma możliwości bezpiecznego skanowania pojazdów, natomiast kamery systemu OCR służą jedynie do sczytywania tablic rejestracyjnych pojazdów.

Izba zważy, że Odwołujący zaoferował w pkt 16 załącznika nr 9 do SWZ dwie kamery OCR, przy czym Zamawiający w pkt 16 załącznika nr 9 do SWZ nie zawarł żadnych szczególnych wymagań technicznych ani ilościowych dla systemu OCR, z uwagi na fakt, iż system OCR na jednym stanowisku wyposażony jest w jedną lub dwie kamery. Z kolei w punkcie 16.2, 16.3 i 16.7 załącznika nr 9 do SWZ, Zamawiający zawarł specyficzne wymagania dla systemu CCTV, a mianowicie odpowiednio: „Skaner musi być wyposażony w minimum 8 kamer, w tym jedna w poczekalni i jedna w serwerowni”, „System CCTV musi być zintegrowany z istniejącym w lokalizacji rozwiązaniem Pelco Video Expert”, „Minimalny czas przechowywania nagrań systemu CCTV wyniesie 90 dni, przy zachowaniu natywnej rozdzielczości kamer oraz zapisie min. 15 klatek na sekundę”.

Co istotne, w tabeli załącznika nr 9 do SWZ w miejscu wpisania informacji dotyczących producenta, systemu i ilości kamer, informacje te znajdują się dokładnie na tej samej wysokości, które odnoszą się do wytycznych dotyczących systemu telewizji dozorowej CCTV, co w ocenie Izby oznacza, że kwestionowana ilość kamer dotyczyła systemu CCTV, a nie systemu OCR.

Należy zauważyć, że Zamawiający powyższą zasadę stosował również w innych punktach załącznika nr 9 do SWZ. I tak np. w pkt 4 ust. 2 i 3 ww. załącznika wskazane zostało:

„2. Wiązka promieniowania skierowana pod kątem 90° do długości prześwietlanego obiektu. Zamawiający dopuszcza zastosowanie takiego rozwiązania technicznego, które pozwala na skanowanie wiązką odchyloną pod niewielkim kątem różnym ± kilka stopni od 90° - o ile ma to na celu dokładniejsze zobrazowanie skanowanego obiektu.

3. Minimalna głębokość penetracji stali (w kierunku promienia) na poziomie minimum 320 mm. W testach parametr ten

będzie sprawdzony poprzez wykrycie za płytą stalową, o grubości równej oferowanej głębokości penetracji stali, ołowianego bloku o wymiarach 100x100x100 mm.”, a na tej samej wysokości należało wpisać odpowiednio „Odchylenie wiązki:.....”, „Głębokość penetracji stali:.....”, czy też w pkt 5 ust. 3 ww. załącznika „Urządzenie RTG musi być zdolne do pracy w warunkach klimatycznych panujących w Polsce; tj. przy temperaturze na zewnątrz hali od -300C do +400C, przy wilgotności do 96%. Promienie słoneczne, deszcz, śnieg, mgła, grad, zamarzający deszcz, czy też wiatr nie mogą mieć wpływu na działanie urządzenia RTG, ani na funkcjonowanie systemu bezpieczeństwa.”, a na tej samej wysokości należało wpisać „Gotowość do pracy:

- temperatury na zewnątrz hali

od.....do.....

- wilgotność do.....”.

Nadto Izba zważa, że w myśl art. 107 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba zważa, że norma prawna zawarta w art. 107 ust. 2 ustawy PZP, w przeciwieństwie do art. 128 ust. 1 ustawy PZP, nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co zdaniem Izby, należy rozumieć jako błędy merytoryczne, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdzie w ocenie Izby Odwołujący błędnie wypełnił przedmiotowy środek dowodowy, tj. załącznik nr 9 do SWZ w zakresie ilości kamer. Tym samym nie można mówić o „niekompletności” przedmiotowego środka dowodowego. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznie zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego, a zdaniem Izby zmiana w ilości kamer miałyby właśnie taki charakter.

Odnosząc się do zapisu: „3) zgodnie z zapisami wiersza nr 7 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga karty graficznej z portem USB-C (VirtualLink). W zaoferowanej przez Wykonawcę karcie graficznej NVIDIA RTXA5000 port USB-C (VirtualLink) nie występuje”.

Izba zważa, że Zamawiający wymagał w załączniku 2b do SWZ w pkt 7 karty graficznej z portem USB-C (VirtualLink), natomiast Odwołujący zaoferował kartę graficzną NVIDIA RTXA5000, która to karta nie posiada portu USB-C (VirtualLink) lecz port USB-C 3.1 (okoliczność bezsporna).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że na rynku dostępne są karty graficzne z wejściem USB-C (VirtualLink) np. NVIDIA RTX 2080, a Odwołujący na rozprawie sam powyższą okoliczność potwierdził: „Kartę starej generacji można kupić”.

Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie zaoferował karty graficznej z wymaganym przez Zamawiającego portem, oferując rozwiązanie “równoważne”.

Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z rozdziałem XVII ust. 2 SWZZamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, natomiast zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 SWZ, W przypadku, gdy w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 101 ust. 6 ustawy PZP, W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, oceny techniczne, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w , że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

Izba zważa, że karta graficzna bezsprzecznie dotyczy wydajności i funkcjonalności systemu komputerowego. Należy zwrócić uwagę, że zaproponowanie rozwiązań równoważnych rozwiązaniom referencyjnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem wykonawcy, które wykazuje w ofercie, przy czym przez wykazanie należy rozumieć udowodnienie. Zgodnie z wyrokiem z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 VAR Srl i Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA, ECLI: EU:C:2018:568, sprawdzenie i ewentualne podjęcie decyz

stwierdzającej brak równoważności mogą bowiem mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten już na tym etapie dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nie jest dopuszczalne badanie równoważności zaoferowanych rozwiązań na etapie po dokonaniu badania i oceny ofert, w szczególności na etapie realizacyjnym. Nadto Izba zważa, że ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy, a niewykazanie, tj. nieudowodnienie równoważności skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił rozwiązania równoważnego, a postanowienia SWZ nie mogą pozostawać w sprzeczności z wymogami ustawowymi.

Odnosząc się do zapisu: „4) zgodnie z zapisami wiersza nr 12 załącznika 2b do Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymaga obudowy typu RACK. Wykonawca zaoferował jednostkę w obudowie typu TOWER”.

Izba zważa, że zgodnie z postanowieniami załącznika nr 2b do SWZ w pkt 12 Zamawiający wymagał obudowy: typu Rack o wys. max. 3U, natomiast Odwołujący zaoferował Dell Precision 5820 motherboard w obudowie typu TOWER (okoliczność bezsporna, o czym świadczy stwierdzenie Odwołującego „Wykonawca zaoferował profesjonalne rozwiązanie w postaci komputera firmy DELL o nazwie handlowej *Precision 5820 Tower*”). W pierwszej kolejności należy zauważyć, że istnieje różnica między obudową TOWER, a obudową RACK, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie. Izba zważa, że mimo, iż w punkcie 9 załącznika nr 9 do SWZ, Zamawiający nie wymagał podania w jakiej obudowie komputer zostanie dostarczony, to Zamawiający jednoznacznie wymagał obudowę typu Rack, zgodnie z pkt 12 załącznika nr 2b do SWZ.

Izba doszła do przekonania, że podstawową obudową komputera zaoferowanego przez Odwołującego jest obudowa typu Tower, a nie typu Rack. Należy zauważyć, że wymogiem obudowy typu Rack jest jej wymiar i dopasowanie do szafy Rack, w której komputer będzie instalowany. Jest to o tyle istotne, że w szafach typu Rack ilość miejsca jest ograniczona, co powoduje, iż dostarczana obudowa komputera powinna być rozwiązaniem typu Rack, a nie obudową niejako przerobioną z obudowy typu Tower, o czym świadczy przewodnik instalacji szyn rackowych odnośnie komputera Precision 5820 Tower.

Poza tym stwierdzenie Odwołującego, że zgodnie ze specyfikacją producenta firmy Dell komputer z serii Precision 5820 Tower zaleca się montować właśnie w systemie RACK przedstawiając na etapie odwołania dowód w postaci przewodnika instalacji szyn rackowych, w ocenie Izby, powinno być ono wykazane, a przynajmniej uprawdopodobnione przez Odwołującego w składanym przez niego przedmiotowym środku dowodowym, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w instrukcji znajdującej się pod tabelą w załączniku nr 9, Zamawiający zawarł postanowienie, iż „wykonawca może umieścić dodatkowo inne informacje mające wpływ na prawidłową identyfikację ofertowanych urządzeń / sprzętu itp.”, a czego Odwołujący nie uczynił.

Nadto Izba odnie się jeszcze do możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 107 ust. 4 ustawy PZP lub art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że ww. norma ma wyłącznie charakter fakultatywny, w związku powyższym, w ocenie Izby, nie można robić zarzutu Zamawiającemu, że nie skorzystał z powyższego uprawnienia.

Z kolei zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia, w tym co do treści przedmiotowych środków dowodowych. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty czy też treść przedmiotowych środków dowodowych zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie lub przedmiotowym środku dowodowym, a zdaniem Izby z powyższą sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień

nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, a jak stwierdził sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie „treść ofert (danych podanych w specyfikacji funkcjonalno-technicznej) w zakresie systemu operacyjnego, ilości kamer, rodzaju karty graficznej oraz obudowy) była jasna i nie budziła wątpliwości Zamawiającego”.

Natomiast w zakresie możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Izba wskazuje, że zgodnie z ww. normą prawną, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Tym samym poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowe działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Co istotne, Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć swoje oparcie w treści złożonej oferty.

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej poprawa innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest możliwa, jeśli nie prowadzi do wytworzenia zupełnie nowej treści oświadczenia woli. W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, Zamawiający w wyniku dokonanej poprawy otrzymałby oświadczenie Odwołującego merytorycznie o odmiennej treści niż pierwotnie złożone, zarówno jeśli chodzi o ilość kamer czy też typ obudowy. Nadto Izba zważa, że nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a zdaniem Izby poprawa taka dokona przez Zamawiającego w kontekście użycia art. 223 ust. 1 ustawy PZP, prowadziłyby do takich nieuprawnionych negocjacji.

Odnosnie dowodów wniesionych przez Odwołującego w postaci informacji o znakach towarowych, broszury dotyczącej systemu VECON-VIS, kamery Pelco IP ITV529-1ERS Sarix Value 5 mpx 3.4-9.4 mm IR kopułkowa, jak przez Zamawiającego w postaci instalowania języka pakietu Windows, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Na marginesie, Izba zważa, że Zamawiający jako gospodarz postępowania jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do swoich własnych potrzeb, co powoduje, iż Zamawiający może żądać określonej funkcjonalności dla przedmiotu zamówienia, tak jak w niniejszej sprawie zgodnie z załącznikiem nr 2b do SWZ w zw. z załącznikiem nr 9 do SWZ.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego jako ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a w konsekwencji unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....