

WYROK

z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Emilia Garbala**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 lipca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Innovation in Technology sp. z o.o. z siedzibą w Niekaninie, Towarzystwo Handlowe ALPLAST sp. o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa komputerów stacjonarnych i przenośnych wraz z wyposażeniem dodatkowym* (numer postępowania TZ/271/37/18)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Engave S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

B. SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

– po stronie odwołującego

C. NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie

– po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty

złożonej przez NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie za niespełnianie przez komputer stacjonarny typu B wymagania, aby model procesora osiągał w testach wydajnościowych publikowanych na stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (w kolumnie Passmark CPU Mark) minimum 5500 pkt.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Zakup i dostawa komputerów stacjonarnych i przenośnych wraz z wyposażeniem dodatkowym* (numer postępowania TZ/271/37/18).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 września 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_184 pod poz. 415643.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 czerwca 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części B zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie {dalej również „NTT”}.

24 czerwca 2019 r. Odwołujący Innovation in Technology sp. z o.o. z siedzibą w Niekaninie i Towarzystwo Handlowe ALPLAST sp. o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie, którzy złożyli wspólną ofertę {dalej również: „Konsorcjum Innovation”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 3 ustawy pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty NTT.

W związku z powyższym Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny ofert.
2. Powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco sprecyzowali okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonowali, że Zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, aby oferowany procesor osiągał w testach wydajnościowych publikowanych na stronie

www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (w kolumnie Passmark CPU Mark) minimum 5500 pkt. Ponadto w załączniku nr 2A do SIWZ każdy oferent miał wskazać: *Wynik teście wydajnościowym pkt. (kolumna Passmark CPU Mark) w benchmarku CPU dostępnym na stronie: https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.*

Odwołujący dodali, że Zamawiający nie wskazał innego dopuszczalnego sposobu udowodnienia osiągnięcia przez oferowany procesor wymaganej ilości punktów w teście Passmark CPU. Również żaden z oferentów do dnia składania ofert nie kwestionował wskazanego przez Zamawiającego sposobu oceny wydajności procesora. Wyniki wydajności procesorów prezentowane na stronie internetowej www.cpubenchmark.net/cpu_list.php w kolumnie Passmark CPU Mark stanowią średnią z wyników wszystkich przeprowadzonych i przesłanych testów dla danego procesora. Jest to więc wartość reprezentatywna, której wymagał Zamawiający.

Procesor Intel Core i3-6100, zgodnie z danymi opublikowanym na dzień składania ofert oraz aktualnie, nie osiąga wymaganej wartości punktów: np. na 17.06.2019 r. średni wynik wynosi 5484 pkt.

NTT wskazał w ofercie dla oferowanego procesora Intel Core i3-6100 wynik 5703 pkt.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili, że oferowane przez NTT komputery wyposażone w ten procesor nie spełniają wymagań SIWZ, gdyż jednostkowy pomiar wykonany przez NTT Technology nie jest reprezentatywny dla tego procesora. A NTT jako profesjonalista musiał zdawać sobie sprawę, że taki jednostkowy test wydajności procesora nie jest tożsamy z wartością uśrednioną wszystkich przesłanych testów prezentowanych na stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php w kolumnie Passmark CPU Mark.

Ponadto Odwołujący zwrócili uwagę, że na podstawie wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przez NTT nie można ustalić, w jakich warunkach (z jakimi ustawieniami) test został wykonany, ani w jakim czasie. Analizując dostępne na platformie testowej wyniki badań, Odwołujący odnieśli także wrażenie, że NTT nigdy wartości z osiągniętego testu nie przesłał na platformę Passmark (www.cpubenchmark.net). Nawet w razie opublikowania tego wyniku na wspomnianej platformie badawczej, ze względu na sposób wyliczania i prezentacji wyników w teście, nie wpłynąłby on znacząco na wartość średnią wydajności procesorów w tym teście prezentowaną we wskazanej przez Zamawiającego kolumnie Passmark CPU Mark na stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- A. Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Engave S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia,
- B. SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,

– po stronie odwołującego,

C. NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie

– po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący Konsorcjum Computex i Suntar wnieśli o uwzględnienie odwołania, a Przystępujący NTT o jego oddalenie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 2 lipca 2019 r. wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający następująco zrelacjonował okoliczności faktyczne:

Przedmiotem części B zamówienia jest dostawa komputerów stacjonarnych.

W załączniku nr 2A do SIWZ – Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu {dalej: „Specyfikacja techniczna” lub „ST”] wskazano wymagane parametry techniczne m.in. w odniesieniu do tej części zamówienia, w tym w lp. 1 dotyczący procesora oferowanego komputera: *„Procesor” – wielordzeniowy, zgodny z architekturą x 86-64, obsługujący 64 bitowe instrukcje, umożliwiający uzyskanie w teście wydajnościowym minimum 5500 pkt. (kolumna Passmark CPU Mark) w benchmarku CPU dostępnym, na stronie: https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.*

Zgodnie z pkt 4.4.4.1.3. SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do złożenia Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu zgodnie z wzorem z załącznika nr 2A do SIWZ jako tzw. dokumentu przedmiotowego, czyli potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

Wykonawca NTT zaoferował jako jednostkę centralną (komputer stacjonarny) model TERRA PC NL 1009559 producenta WORTMAN.

W odpowiedzi na wystosowane 8 kwietnia 2019 r. przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp wezwanie, NTT 19 kwietnia 2019 r. przedstawiło wymagane dokumenty, w tym Specyfikację techniczną wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 2A do SIWZ, gdzie pod lp. 1 wskazano procesor Intel i3-6100 oraz, że osiąga on 5703 pkt w teście wydajnościowym (CPU Mark).

Zamawiający dla oceny spełnienia minimalnych wymagań przez wskazany procesor, w związku ze średnim oraz jednostkowymi wynikami testów dostępnymi na wskazanej stronie internetowej, wezwał 29 maja 2019 r. w trybie art. 26 ust. 4 pzp NTT do udokumentowania wskazanego w złożonej Specyfikacji technicznej osiągniętego wyniku

pomiaru wydajności dla procesora. NTT pismem z 3 czerwca 2019 r. przedstawił wydruki potwierdzające przetestowanie procesora w oparciu o oprogramowanie dostępne na stronie www.cpubenchmark.net i osiągnięcie wskazanego wyniku.

Zamawiający zweryfikował powyższe wyjaśnienia w oparciu o informacje dostępne na stronie internetowej https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php i na tej podstawie uznał, że procesor zaoferowany przez NTT spełnia wymagania SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że wbrew treści odwołania zacytowany powyżej parametr wymagał, aby procesor umożliwiał uzyskanie w teście wydajnościowym (benchmarku CPU dostępnym na stronie: https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php) minimum 5500 pkt, a nie, aby procesor osiągał taki wynik.

Zamawiający stwierdził, że – jak to określił – *z uwagi na istotę prezentacji wyników w omawianych testach*, (...) *musiał dokonać oceny jednoczesnego spełnienia wymogu w zakresie danych prezentowanych w kolumnie Passmark CPU Mark, jak również prezentowanych w ostatnich pięciu wynikach testów jednostkowych CPU Mark. Przy czym (...) nie mógł wskazać w Specyfikacji odesłania do linku zawierającego 5 ostatnich wyników testów jednostkowych, gdyż adres tej zakładki jest uzależniony od konkretnego modelu oferowanego procesora, a zakładka otwiera się po kliknięciu w konkretny model procesora wskazany w liście produktów na stronie https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.*

Zamawiający oświadczył, że oceniając ofertę NTT wziął pod uwagę wyniki testów wydajnościowych wskazanych na ww. stronie internetowej, przy czym zgodnie z brzmieniem SIWZ weryfikował w oparciu o nie, czy jest możliwe osiągnięcie wymaganej liczby punktów przez oferowany procesor, co istotne, nie poprzestając jedynie na weryfikacji uśrednionego wyniku testów, a biorąc pod uwagę również dostępne na tej samej stronie wyniki testów jednostkowych. Według Zamawiającego na podanej w SIWZ stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php publikowane są bowiem nie tylko uśrednione wyniki wszystkich testów, na które powołuje się Odwołujący, lecz także ostatnie 5 wyników testów jednostkowych dokonywanych w oparciu o oprogramowanie dostępne na tej stronie.

Zamawiający wyjaśnił, że ponieważ uśredniony wynik Passmark CPU Mark dla procesora wskazywał na wydajność na poziomie 5484 pkt, a opublikowane na ww. stronie wyniki testów jednostkowych wskazywały na przekroczenie progu 5500 pkt, wezwał NTT do jednoznacznego potwierdzenia wyniku testu wskazanego w Specyfikacji technicznej. Wykonawca potwierdził, że przeprowadził jednostkowy test wskazanego procesora za pomocą oprogramowania dostępnego na wskazanej w SIWZ stronie internetowej, a procesor osiągnął wynik przekraczający wymagany przez Zamawiającego pułap, a tym samym potwierdził opublikowane na ww. stronie wyniki, które wskazywały na taką

możliwość. Załączony do wyjaśnień wydruk wyniku testu potwierdza wynik podany przez NTT w Specyfikacji technicznej.

Zamawiający podkreślił, że przez cały okres prowadzenia postępowania wyniki testów jednostkowych potwierdzały, że zaoferowany procesor umożliwia osiągnięcie wyniku wymaganego w Specyfikacji technicznej.

Odnosząc się do zastrzeżeń Odwoływających co do sposobu przeprowadzenia testu przez NTT Zamawiający uznał za bez znaczenia kwestię braku możliwości zweryfikowania ustawień, na jakich test został wykonany przez NTT. Zamawiający zauważył, że z istoty swej testy wydajnościowe wskazane na tej stronie nie weryfikują ustawień i warunków testowania, a jedynie wydajność jednego konkretnego komponentu (w tym przypadku procesora). Wyniki testów CPU publikowane na stronie https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php. zostają zebrane na podstawie zgłoszeń użytkowników na stronie Passmark. Sam test wydajności przeprowadza osiem różnych testów jednostki centralnej, a następnie uśrednia wyniki razem, aby określić punktację samego procesora. Według Zamawiającego przyjmując rozumowanie Odwoływających należałoby również zakwestionować również tak uzyskiwany uśredniony wynik testów wydajności.

Odnosząc się do braku wskazania czasu testowania procesora przez wykonawcę NTT, Zamawiający stwierdził, że nieodnalezienie tego konkretnego wyniku na wskazanej stronie internetowej nie świadczy o tym, że test ten nie został przeprowadzony lub że nie został on przeprowadzony prawidłowo. Jak wskazują bowiem sami Odwoływający, na wskazanej stronie podawanych jest jedynie 5 ostatnich wyników testów jednostkowych, a test wykonawcy NTT mógł zostać przeprowadzony wcześniej, zważywszy w szczególności, że termin składania ofert upłynął w dniu 10 grudnia 2018 r., a wykonawca NTT Specyfikację techniczną przedstawił 18 kwietnia 2019 r.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwoływający, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego NTT uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do s.i.w.z., gdzie dla objętego częścią B zamówienia komputera stacjonarnego typu B, zamawianego w 5035 szt., zamieszczono tabelaryczne zestawienie wymaganych minimalnych parametrów technicznych, z których pierwszym jest, aby procesor był *wielordzeniowy, zgodny z architekturą x86-64, obsługujący 64 bitowe instrukcje, umożliwiający uzyskanie w teście wydajnościowym minimum 5500 pkt. (kolumna Passmark CPU Mark) w benchmarku CPU dostępnym, na stronie: https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php (...)*

Spełnienie tego wymagania podlegało potwierdzeniu przez sprecyzowanie dla wskazanego w formularzu oferty modelu i producenta komputera, w składanym na wezwanie Zamawiającego załączniku nr 2A do s.i.w.z., producenta i modelu procesora, dla którego należało podać, jak to wskazano: *Wynik testów wydajnościowych pkt. (kolumna Passmark CPU Mark) w benchmarku CPU dostępnym na stronie: https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.*

NTT w złożonej Zamawiającemu Specyfikacji technicznej oferowanego jako typ B komputera sprecyzowało, że jest on wyposażony w procesor Intel'a model i3-6100, który osiąga, jak to wpisano: *Wynik w teście wydajnościowym 5703 pkt (CPU Mark).*

Wskazany powyżej przywołanych postanowieniach s.i.w.z. link odsyła wprost do podstrony strony internetowej www.passmark.com, na której zamieszczona jest alfabetyczna lista wszystkich typów procesorów, które zostały przetestowane, przy czym w trzech pierwszych kolumnach podane są odpowiednio: nazwa procesora (ang. „CPU name”),

liczba punktów uzyskanych przez ten procesor w teście wydajnościowym Passmark (ang. „Passmark CPU Mark”) oraz zajmowane miejsce pod względem tak zmierzonej wydajności na liście wszystkich przetestowanych procesorów (ang. „Rank”). Na upływ terminu składania ofert oraz na dzień sporządzania odwołania dla procesora oznaczonego „Intel Core i3-6100 @3.7GHz, czyli procesora zaoferowanego przez NTT dla komputera typu B, wynik podany w kolumnie „Passmark CPU Mark” wynosił 5484 pkt {okoliczności bezsporne oraz dodatkowo wykazane wydrukami złożonymi na rozprawie przez Odwołującego}.

Pismem z 29 maja 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp wezwał NTT do wyjaśnień, gdyż, jak sam zauważył (po przywołaniu brzmienia wymagania odsyłającego do strony internetowej https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php): *Zaoferowany przez Państwa procesor Intel Core i3-6100 w dniu otrzymania specyfikacji technicznej, tj. 19.04.2019 r. uzyskiwał punktację na poziomie 5486 w teście wydajnościowym na ww. stronie. Zamawiający zwrócił się do NTT, aby w ramach wyjaśnień udokumentował wynik podany przez niego w specyfikacji technicznej.*

W piśmie z 3 czerwca 2019 r. NTT wyjaśnił, że podał wynik osiągnięty w teście CPU Mark przeprowadzonym przez producenta oferowanego komputera, na dowód czego załączył wydruki zawierające okno programu PerformanceTest 9.0 Evaluation Version.

Reasumując, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający określił w ramach opisu przedmiotu zamówienia, że oczekuje zaoferowania jako typu B komputera opartego o procesor, którego wydajność według wyników testu wydajnościowego Passmark – ujawnionych w drugiej kolumnie tabeli zamieszczonej na stronie internetowej, do której link podał – wynosi co najmniej 5500 pkt, przy czym wskazany tam wynik należało podać w ramach specyfikacji technicznej oferowanego komputera. Tym samym Zamawiający przesądził w s.i.w.z., że punktem odniesienia dla ustalenia wydajności osiąganey przez dany procesor są wszystkie przeprowadzone i zgłoszone do upływu terminu składania ofert testy, których uśredniony wynik podawany jest w tej kolumnie.

Po drugie, NTT nie zastosował się do tego wymagania, gdyż zaoferował jako typ B komputer oparty o procesor, który nie osiąga tak określonej wydajności, a w złożonej specyfikacji technicznej podał wynik uzyskany w inny sposób niż określony w s.i.w.z.

Po trzecie, spowodowało to wezwanie NTT przez Zamawiającego do wyjaśnienia tej rozbieżności. Jednak Zamawiający wbrew przywołanym powyżej postanowieniom s.i.w.z. dopuścił, aby NTT potwierdził dla procesora wynik w odmienny sposób, tj. na podstawie jednostkowo przeprowadzonego testu.

Z tych względów Izba uznała za bez znaczenia dla sprawy zgłaszane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i rozprawie dowody z wydruków

potwierdzających, że w okresie od składania ofert wśród ostatnich 5 przeprowadzonych dla procesora Intel Core i3-6100 wyników testów – będących podstawą do wyliczenia średniej wskazywanej w miejscu, do którego odsyłał link zamieszczony w s.i.w.z. – znajdują się takie, które przekraczają 5500 pkt. Okoliczność ta miałaby znaczenie, gdyby Zamawiający określił w s.i.w.z., że podstawą ustalenia wydajności zastosowanego procesora jest wynik zmierzony dla oferowanego komputera. Dodatkowo konieczne by było, aby s.i.w.z. zawierała żądanie na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp złożenia przez wykonawców wydruku z przeprowadzonego dla oferowanego komputera testu na potwierdzenie, że procesor osiąga wymagany wynik.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W tej sprawie z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne podniesione w uzasadnieniu odwołania Izba nie miała wątpliwości, że przedmiotem zarzutu jest zaniechanie odrzucenia oferty NTT jako niezgodnej z treścią opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z., czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo że na wstępie odwołania błędnie wskazano na art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Izba rozważyła zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów

został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest

prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się de facto do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro ustalony stan rzeczy jest taki, że na chwilę upływu terminu składania ofert, zastosowany przez NTT w oferowanym dla typu B komputera procesor nie spełnia określonego w opisie przedmiotu zamówienia parametru wydajności, za zasadny uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który zaniechał odrzucenia tej oferty. Należy ponownie podkreślić, że NTT wskazał i potwierdził wynik osiągnięty przez oferowany procesor w odmienny sposób niż określony w s.i.w.z., tj. na podstawie jednostkowo przeprowadzonego testu w oparciu o oprogramowanie udostępniane na stronie <https://www.passmark.com/products/performance-test/download.php>, a nie przez podanie rezultatu opublikowanego w konkretnym miejscu – w kolumnie oznaczonej „Passmark CPU Mark” tabeli zamieszczonej na https://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php,

Warto przy tym zauważyć, choć nie miało to istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, że pomimo zakwalifikowania przez Zamawiającego w s.i.w.z. Specyfikacji technicznej oferowanego komputera jako dokumentu żądanego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oświadczenie własne wykonawcy precyzujące przedmiot oferty stanowi element treści oferty, a nie dokument na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Taki charakter mógłby mieć wydruk wyniku testu wydajności procesora oferowanego komputera, który został przedstawiony przez NTT w ramach wyjaśnień, gdyby – jak to już powyżej wskazano – Zamawiający odmiennie sformułował opis przedmiotu zamówienia i zażądał w s.i.w.z. takiego dokumentu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.