

Sygn. akt KIO 663/16

WYROK
z dnia 11 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II w Grodzisku Mazowieckim

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. w Radomiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. w Radomiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II w Grodzisku Mazowieckim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest na dostawę urządzeń drukujących i sprzętu komputerowego do Szpitala Zachodniego w Grodzisku Mazowieckim. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 marca 2016 r. pod pozycją 64996. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 22 kwietnia 2016 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. w Radomiu wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy na wniesienie odwołania oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej naruszył art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 6 i 70¹ § 4 k.c.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odwołujący żądał również obciążenia zamawiającego kosztami postępowania przed Izłą, tj. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że wymaganie wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wynika z żadnego z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) i jest wprost rozszerzeniem wymagań SIWZ po terminie otwarcia ofert. Zarzucił, że zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż wymaga osiągnięcia przez zaoferowany procesor wyniku 1680 w jednym z podtestów wykonywanych dla operacji jednowątkowych. Wyjaśnił, że zamawiający w Załączniku nr 2 - Specyfikacja techniczna ustalił wymagania minimalne w zakresie procesora, zatem

zaoferowanie procesora o większej wydajności (osiągającego we wskazanym teście wydajności wyższą wartość od wartości osiągniętej przez procesor wskazany jako wzorcowy) odpowiada wymaganiom SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez zamawiającego jako kryterium równoważności wyników wydajności procesorów wg cpubenchmark.net jest jak najbardziej uzasadnione, gdyż wymaganie, aby procesor posiadał określoną wydajność w miarodajnych testach pozwala obiektywnie porównać wydajność poszczególnych procesorów w normalnym użytkowaniu bez względu na szczegółowe rozwiązania techniczne stosowane przez poszczególnych producentów.

Wyjaśnił, że systemy opracowujące wyniki wydajnościowe przeprowadzają dla każdej badanej jednostki szereg testów symulujących poszczególne operacje wykonywane przez oprogramowanie użytkowe wykorzystywane przez użytkowników na komputerach, a następnie przez uśrednienie poszczególnych wyników określają wynik odpowiadający rzeczywistej wydajności oferowanej przez procesor w normalnym użytkowaniu.

Odwołujący zarzucił, że próba wskazywania przez zamawiającego, iż z wielu wykonywanych przez oprogramowanie testów składowych istotne znaczenie ma dla niego jeden szczególny podtest (dla operacji jednowątkowych), jest nielogiczna z punktu widzenia metodologii prowadzenia testów, a ponadto nie wynika to z żadnych postanowień SIWZ. Podniósł, że zamawiający powinien swoje oczekiwania ujawnić w SIWZ, gdyż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowało się stanowisko, iż wszelkie wątpliwości, niejasności i nieprecyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy.

PIDIKOM Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie oraz NTT Technology Sp. z o.o. w Warszawie zgłosiły przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniosły o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Załączniku nr 2 (Specyfikacja techniczna) ustalił wymagania minimalne dotyczące procesora. Zamawiający wymagał procesora Intel® Core™ i3-4130T, 3M Cache, 2.90 GHz, (4 generacji) lub równoważnego zgodnie z punktacją cpubenchmark.net (kopia SIWZ w aktach sprawy). Odwołujący zaferował procesor AMD APU A8-7600 - równoważny do procesora wzorcowego (kopia oferty odwołującego w aktach sprawy).

Zamawiający uznał, że procesor ten nie spełnia wymagań SIWZ i odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W informacji o odrzuceniu oferty przesłanej pismem z 22 kwietnia 2016 r. wskazał, że wykonawca nie spełnia warunków parametrów technicznych, gdyż „Procesor w zestawie komputerowym - AMD A8-7600 - nie spełnia, Rating dla operacji jednowątkowych: 1533, wymagane 1680 zgodnie z cpubenchmark.net” (kopia pisma w aktach sprawy).

Zgodnie z danymi opublikowanymi na cpubenchmark.net procesor: Intel Core I3-4130T, 3M Cache 2.90 GHz, osiąga średni wynik w cpubenchmark 4123 punktów, procesor AMD APU A8-7600 5191 punktów (wydruk z 27 kwietnia 2016 r. przy odwołaniu).

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopuściła PIDIKOM Sp. z o.o. Sp. k. oraz NTT Technology Sp. z o.o. w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wprawdzie obaj wykonawcy zgłosili przystąpienia w terminie ustawowym i zachowali obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, jednak PIDIKOM Sp. z o.o. Sp. k. wniósł oświadczenie o przystąpieniu za pośrednictwem faksu, zaś NTT Technology Sp. z o.o. za pośrednictwem poczty elektronicznej (skan pisma stanowił załącznik do e-maila). Tymczasem art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp nakazuje, aby zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Brak zachowania formy wskazanej w przywołanym przepisie oznacza, że przystąpienie nie jest prawnie skuteczne, a zgłaszający je wykonawca nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z niższą ceną, niż uznana za najkorzystniejszą oferta NTT Technology Sp. z o. o., może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Brzmienie postanowień SIWZ oraz treść oferty odwołującego nie są sporne. Nie ma również sporu co do tego, że procesor AMD APU A8-7600 zaofertowany przez odwołującego jako rozwiązanie równoważne osiąga wg cpubenchmark.net średni wynik przewyższający opisany przez zamawiającego w Załączniku Nr 2 do SIWZ procesor Intel® Core™ i3-4130T, 3M Cache, 2.90 GHz (odpowiednio 5191 i 4123 punktów). Nie jest również kwestionowane, że w zakresie operacji jednowątkowych, będących jednym z 9 elementów uwzględnianych dla

obliczenia średniego wyniku wydajności procesora wg cpubenchmark.net, procesor oferowany przez odwołującego osiąga średni wynik 1533, podczas gdy procesor Intel® Core™ i3-4130T, 3M Cache, 2.90 GHz osiąga wynik 1680. Sporna między stronami jest kwestia, czy zamawiający powinien przy ocenie oferty poprzestać na średnim wyniku dotyczącym wydajności, czy też może sięgać do wyników wszystkich testów cząstkowych, które składają się na średni wynik publikowany na cpubenchmark.net. Rozstrzygnięcie wymaga zatem wykładni wymagania zawartego w Załączniku Nr 2 do SIWZ, zgodnie z którym procesor równoważny to procesor zgodny z punktacją cpubenchmark.net.

Rozstrzygając tę kwestię Izba zważyła, że zamawiający żądał w SIWZ, aby procesor równoważny był zgodny z punktacją cpubenchmark.net, a nie aby wyłącznie wynik wydajności procesora był zgodny z tą punktacją. Zamawiający zatem nie zawęził swoich oczekiwań jedynie do testu wydajności, Odesłanie do punktacji cpubenchmark.net w SIWZ powinno być więc rozumiane w ten sposób, że procesor równoważny musi osiągać co najmniej takie same wyniki jak procesor Intel® Core™ i3-4130T, 3M Cache, 2.90 GHz we wszystkich testach cząstkowych uwzględnianych w odniesieniu do tego procesora przez cpubenchmark.net. W przeciwnym razie zamawiający nie otrzyma procesora równoważnego procesorowi wskazanemu w SIWZ we wszystkich funkcjonalnościach (testach cząstkowych), a tym samym minimalne wymagania stawiane w SIWZ rozwiązaniu równoważnemu nie zostaną spełnione.

Ustalenie, czy wyniki cząstkowe osiągnięte w testach przez procesor oferowany przez odwołującego odpowiadają wymaganiom SIWZ, nie powinno nastręczyć trudności profesjonalnemu wykonawcy, skoro na stronie cpubenchmark znajduje się porównywarka wyników osiągniętych przez procesory we wszystkich testach cząstkowych. Możliwość porównania procesorów Intel z procesorami AMD widoczna jest wyraźnie na wydruku dołączonym przez odwołującego do odwołania.

Pogląd, że w przypadku wskazania przez zamawiającego odniesienia wg którego będzie oceniana zgodność oferty z SIWZ, powinny być spełnione wszystkie wskazane tam wymagania, kształtuje się w orzecznictwie Izby. W orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 558/16, KIO 561/16, KIO 568/16 i KIO 569/16 Izba wyraziła pogląd, że w sytuacji, gdy zamawiający opisał swoje wymagania wobec przedmiotu zamówienia przez odesłanie do normy, a nie jedynie jednego z wymagań normy, oferta powinna spełniać wszystkie wymagania zawarte w tej normie, a brak spełnienia któregoś z nich powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pogląd ten znajduje również zastosowanie w okolicznościach sporu, gdzie zamawiający w SIWZ odesłał do punktacji cpubenchmark.net bez ograniczenia testów, które będzie brał pod uwagę przy ustaleniu równoważności procesorów.

Dostrzec należy, że wszystkie orzeczenia Izby powoływane na rozprawie przez odwołującego, a wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 282/15 i 295/15, KIO 1941/11, KIO 577/15, KIO 2365/14 i KIO 2366/14, KIO 1550/14, KIO 756/15, KIO 760/15, KIO 471/16 i KIO 477/16, KIO 282/15, zapadały w takich stanach faktycznych, gdzie zamawiający wskazywał w SIWZ, że wymaga osiągnięcia wyniku punktowego w określonej wysokości w teście wydajności PassMark-CPU Benchmark. Jeśli więc odwołujący uznawał, że praktyka wymagania jedynie wyniku średniej wydajności ukształtowała się na rynku, nie powinien pozostawać obojętny wobec innego brzmienia SIWZ w badanym postępowaniu, w którym zamawiający nie wskazał wymaganego wyniku średniej wydajności procesora, a wymagał zgodności procesora z punktacją cpubenchmark. Ponieważ, co jest niesporne, na średni wynik składa się punktacja z wielu testów, od profesjonalisty wymagałoby się większej staranności przy przygotowaniu oferty, a w szczególności zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie potrzebnych informacji.

W danych okolicznościach sprawy, w razie wątpliwości wykonawcy, czy oferując rozwiązanie równoważne powinien uwzględnić średni wynik wydajności, czy punktację ze wszystkich testów cząstkowych, art. 38 Pzp stanowił w związku z art. 354 § 2 k.c. nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13, www.sn.pl data dostępu 16 maja 2016 r.).

Brak należytej staranności odwołującego doprowadził do złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ i zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 6 i 70¹ § 4 k.c.

Opinia ekspercka dr hab. inż. A. Z. koncentruje się na porównaniu średnich wydajności procesorów, zatem nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, gdyż Izba nie podziela zawartego w niej poglądu, że zamawiający na podstawie brzmienia SIWZ nie mógł porównywać wyników testów cząstkowych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: