

WYROK

z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 listopada 2019 r. **przez wykonawcę Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Sądu Apelacyjnego w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 – Sąd Apelacyjny w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę sprzętu serwerowego na potrzeby sądów apelacji warszawskiej”*.

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

Wykonawca Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 listopada 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wniósł odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego w części I i II zamówienia z uwagi na niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w związku z niewyrażeniem zgody na poprawienie omyłki w ofercie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie dla części I ww. postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechaniu odrzucenia oferty oraz wykluczenia wykonawcy E-Tech s.c. M. D. P. K. w części II postępowania z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i II postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Sprint S. A. jako najkorzystniejszej w części I postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty E-Tech s.c. M. D. P. K. jako najkorzystniejszej w części II postępowania, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, złożonych w części I i II postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy Sprint S. A. jako niezgodnej z SIWZ w części I postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy E-Tech s.c. M. D. P. K. jako niezgodnej z SIWZ w części II postępowania, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w części II postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części I i II postępowania oraz zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferty wykonawców: Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie oraz E-Tech s.c. M. D. P. K. jak również

oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę sprzętu serwerowego na potrzeby sądów apelacji warszawskiej”. Zamawiający podzielił niniejsze zamówienie na części. I tak w części I Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, odrzucając ofertę wykonawcy Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w części II dokonał wyboru oferty wykonawcy E-Tech s.c. M. D. P. K., odrzucając ofertę wykonawcy Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w części I i II w dniu 8 listopada 2019 r. poinformował wykonawcę Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, że działając na podstawie art. 89 ust. 2 Pkt 3 ustawy Pzp poprawił w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – formularzu produktowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do formularza oferty wykonawcy inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w ten sposób że: - w części I w wierszu czwartym w kolumnie czwartej w miejsce wyrażenia „138/wpisać ile/punktów w teście SPECrate2017_int_base” wpisał wyrażenie „133/wpisać ile/punktów w teście SPECrate2017_int_base”, w części nr II w wierszu czwartym w kolumnie czwartej w miejsce wyrażenia „138/wpisać ile/punktów w teście SPECrate2017_int_base” wpisał wyrażenie „133/wpisać ile/punktów w teście SPECrate2017_int_base”. Zamawiający dokonał poprawienia powyższych omyłek na

podstawie wygenerowanego wyniku w teście SPECrate2017_int_base dostępnym na stronie www.spec.org.pl.

W dniu 12 listopada 2019 r. wykonawca Pitlabs Sp z.o.o. z siedzibą w Warszawie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na ww. pismo. W swoim piśmie Odwołujący nie wyraził zgody na wprowadzanie modyfikacji w formularzu produktowym w kolumnie nr cztery w zadaniach I i II prosząc o uwzględnienie opisanego przez niego sposobu badania zapisów, opisujących metryki wydajnościowe procesorów, podczas oceny ofert pozostałych uczestników postępowania.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2019 r. odrzucił ofertę wykonawcy Pitlabs Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wyraził zgody na poprawienie omyłek o których mowa w art. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniach 22 oraz 28 listopada 2019 r. dokonał (odpowiednio w częściach I i II) wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie oraz wykonawcy E-Tech s.c. M. D. P. K. .

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Izba uznała, że w świetle przedstawionego materiału dowodowego zarzut ten nie potwierdził się. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na ww. podstawie prawnej uznając, że wobec braku zgody na poprawienie innej omyłki należało ofertę Odwołującego odrzucić w obu częściach zamówienia (zadanie I i II). Według Zamawiającego wykonawca w ofercie podał wynik innego testu niż był wymagany przez Zamawiającego (wykonawca podał nieprawidłowy wynik testu SPECrate2017_int_base). Zamawiający poprawił ową omyłkę na podstawie wygenerowanego wyniku dla zaoferowanego procesora w teście SPECrate2017_int_base dostępnym na stronie www.spec.org.pl i była to liczba punktów 133. Zamawiający poinformował wykonawcę o poprawieniu omyłki wzywając wykonawcę do wyrażenia stanowiska do dnia 12 listopada 2019 r. Wykonawca w dniu 12 listopada 2019 r. nie zgodził się na poprawienie omyłki. Według Odwołującego nie zaistniały podstawy do poprawienia

owej omyłki. Wykonawca w swojej ofercie zaoferował/oświadczył w obu częściach w kolumnie parametry oferowanego sprzętu – wartość 138 w teście SPECCreate2017_int_base.

Następnie po weryfikacji tej okoliczności przez Zamawiającego nastąpiło odrzucenie oferty Odwołującego wobec niewyrażenia zgodny na poprawienie omyłek przez Odwołującego. Wykonawca nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty, uważając że Zamawiający w dniu 21 października 2019 r. dokonał modyfikacji SIWZ. Wykonawca zapytał Zamawiającego: „Zamawiający wymaga w pkt 4 „Procesor” zaoferowanie serwera, który ma udokumentowaną wydajność na poziomie co najmniej 133 pkt w teście SPEC_CPU_2017 IntegerRate a wyniki testów opublikowane są na stronach spec.org. Jednak w wynikach benchmarku figurują dwa parametry ilustrujące wydajność platformy sprzętowej „Result” i „Baseline” o zbliżonych lecz różnych wartościach. Proszę o jednoznaczne wskazanie, która z tych dwóch wartości musi być dostępna dla oferowanego sprzętu i będzie rozstrzygać o tym czy spełnia minimalne wymagania.

Zamawiający wyjaśnił, że przy ocenie ofert pod uwagę będzie brał parametr/wartość „Result”. Według Zamawiającego Odwołujący dokonał zmiany wymaganego pierwotnie parametru testu: SPECrate2017_int_base na test SPECrate2017_int_peak.

Izba uznała, że Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności istotne znaczenie dla Izby miało to, co wykonawca wskazał w swojej ofercie. Odwołujący w swojej ofercie wskazał na test in_base nie zaś in_peak. Jeśli Odwołujący – jak twierdził w złożonym odwołaniu – utożsamiał parametr „Result” tylko i wyłącznie z testem in_peak (po dokonanej – jak twierdził modyfikacji Zamawiającego), to należało poddać pod wątpliwość, dlaczego nie posłużył się tym testem w swojej ofercie (wyraźnie odnosząc się do testu in_peak, nie zaś jak to uczynił odnosząc się do testu int_base).

Zatem istotne znaczenie – dla oceny niniejszego stanu faktycznego – ma dla Izby to co wykonawca oświadczył w swojej ofercie (co ma być przedmiotem świadczenia w przyszłości), w szczególności wobec twierdzeń Odwołującego odnoszących się do rozumienia postanowień SIWZ (pytań i odpowiedzi z dnia 21 października 2019 r.).

Ponadto – co nie pozostaje bez znaczenia - również w złożonych wyjaśnieniach w dniu 12 listopada 2019 r. wykonawca w żaden sposób wprost nie wskazał Zamawiającemu w

sposób jednoznaczny, że parametr „Result” utożsamiany jest tylko i wyłącznie z testem in_peak. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący w sposób stanowczy wyraził stanowisko, że nie wyraża zgody na poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki, cytując Zamawiającemu odpowiedź z dnia 21 października 2019 r. Jeśli stanowisko Zamawiającego od początku było w sposób oczywisty błędne – to dlaczego wykonawca – zdając sobie sprawę z rangi wezwania Zamawiającego – nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób klarowny, że myli się oraz że test in_peak należy utożsamiać tylko i wyłącznie z parametrem „Result”.

Mając na względzie treść oferty Odwołującego oraz jego wyjaśnienia złożone w dniu 12 listopada 2019 r. nie ulega wątpliwości, w ocenie Izby, że stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu i na rozprawie, co do rozumienia treści odpowiedzi Zamawiającego z dnia 21 października 2019 r. jest niewłaściwe. Istotne znaczenie mają również dowody złożone zarówno przez Zamawiającego i Odwołującego. Analizując złożony przez Odwołującego dowód – w postaci złożonych wykazów oraz instrukcji – jak sprawdzić wynik testów wydajnościowych na SPEC.ORG należy stwierdzić, że ze złożonych przez Odwołującego dowodów nie wynika jednoznacznie, że w sposób bezwzględny należy utożsamiać test in_peak z parametrem „Result”. Przeciwnie, to Zamawiający poprzez złożone dowody uprawdopodobnił tezę przeciwną, składając wydruki ze strony spec.org.

Wobec tego interpretacja i twierdzenia Odwołującego – jakoby Zamawiający niezasadnie dokonał czynności odrzucenia jego oferty oraz błędnie dokonał interpretacji udzielonych odpowiedzi – jest niezasadna. Dodatkowym argumentem – na który powołał się Zamawiający – jest to, że Odwołujący wprost nie zapytał Zamawiającego – przy użyciu stosownej nomenklatury – jak należy rozumieć te postanowienia, i czy utożsamia pojęcie/wartość „Result” wyłącznie z testem in_peak. Zgodzić należało się również, że stanowisko prezentowane przez Odwołującego nie wynika z treści zacytowanej odpowiedzi na pytania.

Wobec tego Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego dotyczącym rozumienia postanowień SIWZ, w tym jak należy rozumieć pojęcie/wartość „Result” utożsamiając ją z dwoma testami, zatem nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający dokonał w dniu 21 października 2019 r. modyfikacji SIWZ, która w sposób istotny zmieniałaby postawione przez niego wymagania. W konsekwencji w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i Zamawiający zasadnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołujący, w konsekwencji Izba nie znalazła podstaw – wobec takiej interpretacji postanowień SIWZ oraz przedstawionego stanu

faktycznego – do uznania, aby oferta wykonawcy Sprint S.A. była niezgodna z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Nie potwierdził się w ocenie Izby również zarzut skierowany wobec oferty wykonawcy E-Tech s.c. M. D. P. K. . Zamawiający żądał, aby wykonawca oświadczył w swojej ofercie, iż zapewnia że sprzęt dostarczany będzie sprzętem nowym, nieużywanym przed dniem dostawy wyprodukowanym nie później niż 12 miesięcy temu oraz będzie pochodził z oficjalnego kanału dystrybucji w Polsce. Zgodzić należało z Zamawiającym, że nie wymagał aby sprzęt oferowany pochodził bezpośrednio z oficjalnego kanału. Dodatkowo ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia nie wynika aby podmiot ten (Dell Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) upoważniony był do reprezentowania wszystkich spółek pochodzących z tej grupy – powyższe nie wynika z treści złożonego dokumentu, nie zostały złożone również stosowne oświadczenia czy pełnomocnictwa. Na marginesie należy dodać, że Zamawiający wymagał złożenia wyłącznie oświadczenia, nie żądając żadnych dokumentów potwierdzających niniejszą okoliczność. Zatem – w przypadku gdy wykonawca nie zastosuje się do złożonego oświadczenia/wymagania – Zamawiający będzie miał inne instrumenty na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie zostały również wykazane przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności z których wywodzi skutki prawne. Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Przewodniczący:

.....