

WYROK

z dnia 29 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 29 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013 r. przez **Odwołującego** – CEZAR Cezary M. i Piotr G. Sp. j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Gmina Miasto Rzeszów – Centrum Kształcenia Praktycznego, ul. Hetmańska 45b, 35-078 Rzeszów,

przy udziale **Wykonawcy** - InFast Sp. z o.o., ul. Szopena 51, 35-055 Rzeszów, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 3 i nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Rzeszów – Centrum Kształcenia Praktycznego w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CEZAR Cezary M. i Piotr G. Sp. w Radomiu tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od Miasta Rzeszów – Centrum Kształcenia Praktycznego w Rzeszowie na rzecz CEZAR Cezary M. i Piotr G. Sp. w Radomiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Rzeszów - Centrum Kształcenia Praktycznego w Rzeszowie
- Jednostka Organizacyjna Gminy Miasto Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę sprzętu i wyposażenia do pracowni realizowanych w ramach projektu pn.: „Regionalne Centrum Kształcenia Zawodowego w Zakresie Nowoczesnych Technologii” - współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013 oznaczonym CKP.271.93.201.

Odwołujący: „CEZAR” Cezary M. i Piotr G. Sp. j. w Radomiu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w części III przedmiotowego postępowania.

W dniu 11 października br. (data wpływu 15.10.2013) Zamawiający pisemnie poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części nr III na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), jak również o wyborze najkorzystniejszą oferty Wykonawcy InFast Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Wykonawca InFast).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty,
- art. 82 ust. 3 PZP poprzez bezpodstawne uznanie jego oferty treścią nieodpowiadającą specyfikacji a uznanie za taką ofertę Wykonawcy InFast,

a z ostrożności procesowej również:

- art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców,
- art. 14 PZP w zw. z art. 6 oraz 70 indeks górny 1 § 4 Kodeksu cywilnego w zakresie wynikającym z opisanego uzasadnienia faktycznego.

Zamawiający w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia część III - sprzęt multimedialny, komputery i oprogramowanie wskazał, iż zamówienie obejmuje m.in. „c) notebook wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem biurowym - 5 sztuk” (str. 4 SIWZ). Poniżej wszystkich elementów tej części zamówienia zawarł odniesienie „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z wyspecyfikowaniem rodzaju i ilości dostaw został zawarty w

załącznikach stanowiących integralną część SIWZ- folder o nazwie opis_czIII w szczególności plik o nazwie spec_techiczna_czIII". We wskazanym pliku Zamawiający opisał wymaganie dotyczące karty graficznej notebooka „osiągająca minimum 4,363 punktów w PassMark -G3D Mark High End Videocards (stan na 15 marzec 2013 r)“, które w dniu 12 czerwca br. wyjaśnieniami nr 2 zostało zmodyfikowane odpowiedzią nr 12 „Karta graficzna osiągać ma minimum 3695 punktów w PassMark - G3D Mark High End Videocards (stan na 10.06 2013r" (str. 4 wyjaśnień).

Dodatkowo w SIWZ zawarte zostały wymagania Zamawiającego oraz dodatkowe informacje dla przedmiotu zamówienia, dla których w pkt. 2 zawarto „d) Wykonawca złoży stosowne oświadczenie zawarte w druku oferta na piśmie, że zapoznał się z zapisami SIWZ i załącznikami do niej i potwierdza, że proponowany przez niego sprzęt, maszyny, urządzenia, aparatura i wyposażenie zostały dobrane w sposób zapewniający ich montaż w obiektach Zamawiającego oraz spełniają wszelkie zakładane przez Zamawiającego parametry" (str. 18 SIWZ), a także J) Zamawiający zastrzega sobie możliwość powołania biegłych celem zweryfikowania czy dostarczony przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia kryteria wynikające ze SIWZ. Koszt powołania biegłego ponosi Zamawiający" (str. 19 SIWZ).

Ponadto zgodnie z rozdziałem V (Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz dokumenty i oświadczenia wymagane do oferty) pkt 3 Inne wymagane dokumenty (str. 26 SIWZ) Zamawiający żądał złożenia:

- 1) wypełnionego i podpisanego druku OFERTA,
- 2) wypełnionego i podpisanego formularza kalkulacji cenowej.

Również w sekcji III.2.3 (kwalifikacje techniczne) ani innym miejscu ogłoszenia o zamówienia nie zostało zawarte inne wymaganie dotyczące dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP. Zatem należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający za niezbędne dokumenty przedmiotowe w postępowaniu uznał wyłącznie ofertę i formularz kalkulacji cenowej, co potwierdza dodatkowo pkt 4 rozdziału IX (Opis sposobu przygotowania oferty).

Odwołujący zaoferował notebook MSI GT60 ONE, który jest wyposażony w kartę Nvidia GTX 680M. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 PZP wezwał w dniu 6 września br. Odwołującego do złożenia wyjaśnień przywołując przy tym treść SIWZ, zgodnie z którą „Zamawiający informuje, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ (zgodność w zakresie wszystkich żądanych parametrów). Zamawiający zweryfikuje realizację przedmiotu umowy (w toku odbioru końcowego) dokonując między innymi oceny zgodności parametrów dostarczanego wyposażenia z wymaganiami SIWZ na podstawie dokumentów opisanych w rozdziale III. Opis przedmiotu

zamówienia - Wymagania ogólne - dokumenty. Zamawiający zastrzega sobie możliwość powołania biegłych celem zweryfikowania czy dostarczony przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia kryteria wynikające ze SIWZ". Odwołujący potwierdził, że notebook MSI GT60 ONE jest wyposażony w kartę Nvidia GTX 680M, która w teście PassMark G3D Mark dla High End Videocards przeprowadzonym przez Wykonawcę osiąga wynik powyżej wymaganych 3695 pkt.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 10 października br. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy, ponieważ „zgodnie z zamieszczonym przez Zamawiającego wynikiem testu Passmark - G3D Mark for High END Videocards z dnia 10.06.2013 r. karta ta osiąga wynik 3600 zatem jest poniżej wymaganego wyniku minimum 3695 pkt.”.

Poczynione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu ustalenia należy uznać za błędne, bowiem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby potwierdzonym przez sądy powszechne „użyte przez ustawodawcę w treści art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego” .

Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania umowy oraz najkorzystniejszej w sensie materialnym, wskazanym w art 91 ust 1 i 2 Pzp tj. najkorzystniejszej wg kryteriów wskazanych w siwz i odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie wyłącznie oferty najbardziej poprawnej pod względem formalnym. (...)

Zamawiający nie powinien przez mnożenie wymagań formalnych, które nie są niezbędne dla prawidłowego przebiegu postępowania oraz nie dają mu żadnej dodatkowej ochrony, doprowadzać do sytuacji odrzucenia oferty wyłącznie z powodu powyższych wymagań formalnych” .

Zamawiający oparł odrzucenie wyłącznie na materiale poglądowym (nazwa podkatalogu na stronie nadana przez Zamawiającego materiały pomocnicze_cz_III) jakim niewątpliwie jest średnia matematyczna wyników testów wykonanych w danym przedziale czasowym przez użytkowników notebooków o różnej konfiguracji sprzętowej, wyposażonych w konkretną kartę graficzną stanowiącą przedmiot testów. Zgodnie z oświadczeniem woli Odwołującego zawartym w ofercie i potwierdzonym parametrami minimalnymi w formularzu kalkulacji

cenowych, a także wyjaśnieniem z dnia 6 września br. wynik testu Passmark - G3D Mark for High END Videocards wykonanego przez Odwołującego dla karty Nvidia GTX 680M w notebooku MSI GT60 ONE przekracza wymagany wynik 3695 pkt. Powyższe Odwołujący potwierdza załączonym wydrukiem wyniku 4077 pkt wraz z parametrami notebooka MSI GT60 ONE. Tym samym Odwołujący uznaje uzasadnienie odrzucenia za bezpodstawne i dodatkowo za nieudowodnione, choć na Zamawiającego obowiązek udowodnienia został nałożony.

Wskazał także na wybór oferty Wykonawcy InFast pomimo jej niezgodności treści w treści SIWZ. Zamawiający w specyfikacji technicznej dla notebooka wymagał ekranu o przekątnej 15.6 cali, natomiast Wykonawca InFast zaoferował Notebook MSI GT70 oświadczając jednocześnie, iż jest równoważny w zakresie przekątnej ekranu tj. posiada 17.3 cali wobec wartości 15.6 cali wymaganej w SIWZ. Podkreślić należy, że parametr ten (przekątna ekranu) nie został podany jako minimalny. Natomiast równoważność została opisana w SIWZ (6. Nazwy własne i rozwiązania równoważne) w brzmieniu „a) Wszelkie ewentualne nazwy własne użyte przy opisie przedmiotu zamówienia mają charakter wzorcowy oraz służą określeniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej dla danych urządzeń" (str. 21-22 SIWZ). Zatem ani przekątna ekranu ani wartość 15.6 cali nie jest nazwą własną, a więc większa niż wskazana w SIWZ przekątna ekranu notebooka nie może być traktowana jako rozwiązanie równoważne. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odstąpił od postanowień specyfikacji.

Organizator przetargu, tj. zamawiający oraz oferent - wykonawca od chwili udostępnienia warunków są związani specyficznym stosunkiem zobowiązaniowym i tymi warunkami.

W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to SIWZ“.

Zamawiającym w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną, co do treści, ze specyfikacją, a tym samym wpłynął na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia w części trzeciej postępowania czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego, a także powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do odwołania załączył wydruk wyniku testu Passmark - G3D Mark for High END Videocards - Nvidia GTX680M (MSI GT60 ONE).

W toku odwołujący stwierdził, że przygotował i złożył ofertę zgodną z wymogami specyfikacji, w tym komputer z kartą graficzną o wymaganej wydajności. Przygotowując ofertę przeprowadził stosowne testy i otrzymał potwierdzenie wymaganego wyniku. Wskazał na treść wezwania zamawiającego z 6 września i udzieloną odpowiedź -

wyjaśnienie z tej samej daty, w którym potwierdził spełnienie wymogów. Zauważył, że zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie żadnych innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, poza oświadczeniem w tym zakresie. Pomimo otrzymanych wyjaśnień, zamawiający odrzucił ofertę w oparciu o materiały poglądowe nie odnoszące się do zaoferowanego laptopa stanowiące wyniki testów ze strony internetowej wykonane przez przypadkowych użytkowników na przypadkowych konfiguracjach. Przypomniał, że w postanowieniach specyfikacji zamawiający zastrzegł ewentualne sprawdzenie parametrów przedmiotu dostawy na etapie realizacji umowy w tym ewentualne powołanie biegłego. Stwierdził, że wyniki testów uśrednione nie były wskazane jako podstawa kryterium spełnienia wymogów przez zaoferowany produkt. Uważa, że zamawiający nie zaprzeczył osiągnięcia przez zaoferowany komputer wyniku dla karty graficznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Potwierdził, że nie wymagał przeprowadzenia przez wykonawców testów passmark i zwrócił uwagę na treść pytania nr 12 i odpowiedzi na to pytanie z dnia 12 czerwca, gdzie opisał wymogi karty graficznej według stanu na dzień 10 czerwca 2013 r. oraz wskazał, że wyniki testów z 10 czerwca są umieszczone w folderze załączonym do specyfikacji. Wyniki testów dla karty graficznej zaoferowanej przez odwołującego w zestawieniu wyników załączonych do specyfikacji nie spełnia wymogu 3695 punktów, gdyż jak wynika z zestawienia wynosi 3600. Powyższe zestawienie stanowi statystyczną średnią wyników testów użytkowników określonego sprzętu, w tym wypadku danej karty graficznej. Sposób ten w ocenie zamawiającego był optymalny i wynikał z wyjaśnień do specyfikacji. Zauważył, że podstawą oceny jest wynik testów z konkretnej daty w tym wypadku z 10 czerwca. Z uwagi na przyjętą metodę uważa za bezprzedmiotowe przedstawienie testu na rozprawie niezależnie od wyniku, jaki mógłby być osiągnięty. Zauważył, iż inni wykonawcy tego zadania w zakresie spornego parametru przyznał niespełnienie warunku, a oferta tego wykonawcy została odrzucona na tej samej podstawie faktycznej.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że zarzuty odwołującego powinny być uznane za spóźnione. Wszyscy wykonawcy mieli przedstawić urządzenia z określonymi parametrami na konkretną datę, natomiast ewentualne testy późniejsze mogą prowadzić do odmiennych wyników, co jest uzależnione od różnych wyników testów sprzętowych, jak również parametrów oprogramowania. Wyniki takie prawdopodobnie z natury rzeczy z uwagi na postęp technologiczny mogą dać lepsze rezultaty. Stwierdził, że

wyniki testów dla określonych kart na dzień 10 czerwca były dostępne wykonawcom, o czym zostali poinformowani w odpowiedzi na pytanie 12.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert uczestników oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Oczywiste jest, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia określony w art. 179 ust. 1 ustawy pzp z uwagi na realną możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą w razie potwierdzenia zarzutów nieuzasadnionego odrzucenia złożonej przez niego oferty w części nr III na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W decyzji z 10 października 2013 r. zamawiający wskazał, iż zaoferowana karta graficzna zgodnie z zamieszczonym przez zamawiającego wynikiem testu z dnia 10.06.2013 r. osiąga wynik 3600 pkt tj. poniżej wymaganego wyniku minimum 3695 pkt.

Zamawiający w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia część III - sprzęt multimedialny, komputery i oprogramowanie wskazał, iż zamówienie obejmuje m.in. „c) notebook wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem biurowym - 5 sztuk”. Poniżej wszystkich elementów części zamówienia zawarł odniesienie „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z wyspecyfikowaniem rodzaju i ilości dostaw został zawarty w załącznikach stanowiących integralną część SIWZ- folder o nazwie opis_czIII w szczególności plik o nazwie spec_techniczna_czIII”. We wskazanym siwz pliku zamawiający opisał wymaganie dotyczące karty graficznej notebooka „Karta graficzna osiągać ma minimum 3695 punktów w PassMark - G3D Mark High End Videocards (stan na 10.06 2013r.)” i wskazał wyniki testów w zestawieniu – folderze dokumentacji przetargowej.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca oświadczył spełnienie powyższego wymogu dla karty graficznej, jakkolwiek w zestawieniu zamawiającego zadeklarowana karta osiąga niższy od wymaganego wynik. Zestawienie, jak wynika z ustaleń Izby na podstawie wyjaśnień stron, stanowi statystyczną średnią wyników testów użytkowników określonego sprzętu, w tym wypadku danej karty graficznej i nie wyklucza wyniku zadeklarowanego przez odwołującego. Okoliczność ta nie została zaprzeczona przez zamawiającego, który wskazał jednak, że przyjęty sposób oceny na podstawie zestawienia był optymalny i wynikał z wyjaśnień do specyfikacji.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że sposób oceny spełniania warunków przedmiotowych przez zaoferowany przedmiot zamówienia powinien wyraźnie wynikać z postanowień siwz,

co w spornym przypadku i zakresie nie miało miejsca. Wprawdzie zamawiający wskazał na wyniki testów w zestawieniu, nie określił jednak tego zestawienia jako podstawy oceny spełnienia warunków. Strony nie kwestionowały tezy, iż wynik testu w konkretnym przypadku zależy nie tylko od typu karty graficznej, lecz również rodzaju komputera, konfiguracji sprzętowej, określonej technologii. W konsekwencji zamawiający nie zaprzeczył skutecznie twierdzeniu odwołującego zawartemu w wyjaśnieniu do treści oferty oraz w odwołaniu o spełnieniu przedmiotowego parametru. Fakt, iż oferowana karta ma deklarowany wynik testu wyższy od uwidocznionego w statystycznym zestawieniu zamawiającego nie został w toku postępowania skutecznie zanegowany, a tym samym dane z zestawienia nie mogły być w efekcie podstawą uznania, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówieni.

W tym świetle zastosowanie wobec odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp było niezasadne.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....