

WYROK
z dnia 26 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez wykonawcę: **„CEZAR” C. M. i P. G. Sp. j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Gózd, ul. Radomska 7, 26-634 Gózd,**

przy udziale wykonawcy: **Creative Tech Modern Company Sp. z o.o., ul. Miła 17, 26-600 Radom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„CEZAR” C. M. i P. G. Sp. j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„CEZAR” C. M. i P. G. Sp. j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Gózd prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz świadczenie usługi dostępu do Internetu Beneficjentem Ostatecznym w ramach projektu INTERNET w gminie Gózd - sz@nsą na lepsze jutro...". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 137610 – 2014 w dniu 23 kwietnia 2014 r.

Zamawiający w dniu 6 czerwca 2014 r. przesłał wykonawcom zawiadomienie o odrzuceniu oferty wykonawcy „CEZAR” C. M. i P. G. Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca „CEZAR” C. M. i P. G. Sp. j. wniósł odwołanie do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podniósł, że w przypadku prawidłowego stosowania przepisów Pzp przez zamawiającego nie doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy odrzucenia oferty odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę (kryterium cena - 100%), która nie przekracza środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, zatem ww. oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji;
2. art. 82 ust. 3, przez bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty odwołującego;
4. art. 91 ust. 1, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;
5. art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 k.c., poprzez odstąpienie od ogłoszonych warunków przetargu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że odrzucenie oferty odwołującego zostało uzasadnione tym, że „wynik przeprowadzonego w dniu 28.05.2014 r. testu w siedzibie

Zamawiającego znacząco różni się od dokumentu załączonego do oferty. Zgodnie z zapisami Specyfikacji technicznej i SIWZ, Zamawiający wymagał uzyskania wyniku testu SYSmark Rating na poziomie co najmniej 130 punktów. Zgodnie z metodyką oprogramowania SYSmark, wynik ten jest możliwy do uzyskania jedynie przy jednoczesnym uruchomieniu i pozytywnym zakończeniu wszystkich scenariuszy. Test przeprowadzony w siedzibie Zamawiającego został przeprowadzony odrębnie - najpierw uwzględniając łącznie pięć scenariuszy, a następnie oddzielnie dla jednego. W ten sposób nie został osiągnięty wynik SYSmark Rating. Wykonawca nie wykazał, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

Zamawiający zawarł w Specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) następujące wymaganie dotyczące wydajności oferowanego zestawu komputerowego wraz z oprogramowaniem i wyposażeniem dodatkowym (150 szt.):

„Komputer w oferowanej konfiguracji musi osiągać w testach wydajności wyniki nie gorsze niż:

SYSmark® 2012 PerformanceTest;

- 1) SYSmark Rating - co najmniej 130 punktów,
- 2) Office Productivity - co najmniej 120 punktów,
- 3) Media Creation - co najmniej 140 punktów,
- 4) Web Development - co najmniej 130 punktów,
- 5) Data/Financial Analysis - co najmniej 150 punktów,
- 6) System Management - co najmniej 165 punktów,

Zamawiający wymaga, aby powyższy wynik osiągnięty był na komputerze o konfiguracji oferowanej. Test musi być przeprowadzony przy rozdzielczości monitora 1920x1080 @ 60Hz. Dokumentem potwierdzającym spełnianie ww. wymagań będzie dołączony do oferty wydruk z przeprowadzonego testu, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. (...)

Zamawiający zastrzega sobie, iż w celu sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testu Oferent może zostać wezwany do dostarczenia Zamawiającemu oprogramowania testującego, komputera do testów oraz dokładny opis metodyki przeprowadzonego testu wraz z wynikami w celu ich sprawdzenia w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego."

Odwołujący przygotowując ofertę przeprowadził testy wydajnościowe komputera w oferowanej konfiguracji uzyskując następujące wyniki:

- | | |
|------------------------|--------------|
| 1. SYSmark Rating | 140 punktów, |
| 2. Office Productivity | 121 punktów, |
| 3. Media Creation | 141 punktów, |
| 4. Web Development | 132 punktów, |

5. Data/Financial Analysis 154 punktów,
6. 3D Modeling 133 pkt
7. System Management 166 pkt

Odwołujący wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego z dnia 6 maja br. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w dniu 9 maja br. przekazał zamawiającemu dokument z powyższymi wynikami testów, z którego jednoznacznie wynika, iż zaoferowany komputer spełnia wymagania w zakresie wymaganej wydajności minimalnej.

W dniu 13 maja br. do zamawiającego wpłynęło pismo od wykonawcy CTMC, który zasugerował zamawiającemu skorzystanie z zawartego w SIWZ prawa do wezwania odwołującego do dostarczenia zamawiającemu oprogramowania testującego i komputera do testów.

W dniu 14 maja br. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. W terminie przewidzianym ustawą żaden z wykonawców nie korzystał ze środków ochrony prawnej. Natomiast w dniu 27 maja br. wezwał odwołującego do dostarczenia zestawu komputerowego wraz z oprogramowaniem testującym do Urzędu Gminy w Goździe, a w dniu następnym, w celu wykonania testu wydajnościowego SYSmark.

Odwołujący niezwłocznie zastosował się do wezwania. W dniu 28 maja 2014 r. zostały przeprowadzone wymagane w SIWZ testy, podczas których uzyskano wyniki powyżej wymaganych wartości minimalnych określonych w SIWZ:

1. Office Productivity 148 pkt wobec wymaganych minimum 120,
2. Media Creation 148 pkt wobec wymaganych minimum 140,
3. Web Development 142 pkt wobec wymaganych minimum 130,
4. Data/Financial Analysis 177 pkt wobec wymaganych minimum 150,
5. 3D Modeling 154 pkt wobec wymaganych minimum 130,
6. System Management 169 pkt wobec wymaganych minimum 165 .

Na podstawie otrzymanych wyników testów wyliczono także wartość SYSmark Rating (zgodnie z definicją zawartą w dokumentacji oprogramowania testującego, jako średnią geometryczną wszystkich sześciu wyników testów) wynoszącą 155 punktów wobec wymaganych minimum 130 punktów. Tym samym, odwołujący ponownie potwierdził, iż zaoferowany zestaw komputerowy w wymaganych testach wydajnościowych uzyskuje wyniki przekraczające wymagane wartości minimalne określone w SIWZ. Zamawiający ani w trakcie testów, ani po ich zakończeniu nie zgłaszał żadnych uwag i zapowiedział odwołującemu wezwanie go do podpisania umowy. W ocenie odwołującego, uzasadnienie odrzucenia jego oferty podane przez zamawiającego nie znajdują oparcia w stanie faktycznym, ustawie i SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że „wynik testu przeprowadzonego w dniu 28.05.2014 r. w siedzibie Zamawiającego znacząco różni się od dokumentu załączonego do

oferty". Pominął jednak, że w SIWZ zaznaczył, iż celem testów oferowanego zestawu komputerowego w siedzibie zamawiającego jest zweryfikowanie, czy zaoferowany zestaw osiąga wyniki powyżej wartości minimalnych określonych w SIWZ, a nie uzyskanie wyników identycznych ze wskazanymi w dokumencie załączonym do oferty. Należy zauważyć, iż wyniki testów przy kolejnych uruchomieniach mogą osiągać różniące się od siebie w pewnym zakresie wartości, co wynika z wielu czynników, a w szczególności bieżącego obciążenia procesora czy ilości procesów jakie podczas testu system operacyjny równolegle wykonuje w tle, na przykład oczyszczanie dysku, wyszukiwanie lub pobieranie, instalowanie aktualizacji, czy skanowanie programu antywirusowego.

Wymaganiem zamawiającego było zaoferowanie komputera o określonej wydajności i z tego względu zostały wskazane wartości minimalne, jakie zaoferowany komputer ma osiągać w testach wydajnościowych wykonywanych przy użyciu oprogramowania testującego. We wszystkich przeprowadzonych testach, zarówno potwierdzonych dokumentem załączonym do oferty, jak i wykonanych w siedzibie zamawiającego, zaoferowany komputer uzyskał wartości powyżej wymaganych wartości minimalnych. Tym samym spełnione zostały wymagania opisane w SIWZ.

Zamawiający stwierdził również, że „test przeprowadzony w siedzibie Zamawiającego został przeprowadzony odrębnie - najpierw uwzględniając łącznie pięć scenariuszy, a następnie oddzielnie dla jednego. W ten sposób nie został osiągnięty wynik SYSmark Rating. Wykonawca nie wykazał, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Pominął jednak fakt, że jak potwierdził to również wykonawca CTMC, powołując się na instrukcję użytkownika SYSmark 2012, „SYSmark Ogólna (SYSmark Overall Rating - dopisek odwołującego) ocena jest obliczana biorąc średnią geometryczną wszystkich ocen scenariuszy (przed zaokrągleniem). Wynik jest następnie zaokrąglany do najbliższej liczby całkowitej. Aby uzyskać ogólną ocenę, należy uruchomić wszystkie scenariusze". Skoro zamawiający potwierdził jednoznacznie wykonanie podczas testów wszystkich wymaganych do uzyskania SYSmark Rating scenariuszy, a SYSmark Overall Rating jest średnią geometryczną wszystkich ocen scenariuszy i wynik ten został obliczony matematycznie podczas testów w siedzibie zamawiającego, to twierdzenie o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ jest nieuprawnione.

Ponadto twierdzenie, że „zgodnie z metodyką oprogramowania SYSmark wynik ten jest możliwy do uzyskania jedynie przy jednoczesnym uruchomieniu i pozytywnym zakończeniu wszystkich scenariuszy" nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji programu SYSmark 2012, jak również w żadnym fragmencie SIWZ. Stanowi nadinterpretację własną wykonawcy CTMC i zamawiającego. Producent oprogramowania, w żadnym miejscu dokumentacji oprogramowania nie artykułuje takiego wymogu. Ponadto, wymóg ten jest

niemożliwy do spełnienia, gdyż z natury rzeczy komputer w danym momencie realizuje tylko jeden scenariusz (test), a kolejne scenariusze (testy) następują kolejno po sobie, tj. po zakończeniu jednego testu zaczyna się kolejny.

Mając na uwadze, iż parametr SYSmark Rating jest wartością średnią obliczaną ze wszystkich 6 scenariuszy testów, logiczny jest wymóg wcześniejszego przeprowadzenia wszystkich testów. W celu obliczenia średniej należy wcześniej uzyskać wszystkie wartości testów, z których średnia geometryczna ma być obliczona. Odwołujący zauważył, iż zamawiający zastrzegając możliwość żądania przeprowadzenia testów w swojej siedzibie, zobowiązał wykonawców do: dostarczenia oprogramowania testującego, sprzętu komputerowego oraz opisu metodyki przeprowadzonego testu. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie podał wytycznych dotyczących metodyki prowadzenia testu. Pozostawił zatem sposób prowadzenia testów w gestii wykonawcy, którego zadaniem było uzyskanie wartości wyników wszystkich wymaganych testów, bez względu na kolejność czy sposób ich uruchamiania. Bez znaczenia dla poszczególnych wyników wymaganych testów: Office Productivity, Media Creation, Web Development, Data/Financial Analysis, 3D Modeling, System Management pozostaje czy są one uruchamiane pojedynczo, czy w grupach. Poczynione przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu ustalenia należy uznać za błędne.

Wykonawca Creative Tech Modern Company Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że oczekuje prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że nie można odmówić wykonawcy interesu w tym, aby postępowanie zostało unieważnione, skoro żadna z ofert nie była zgodna ze specyfikacją. Przystępujący podniósł, że przystąpienie nie ma celu przywrócenia oferty odwołującego do oceny, lecz zmierza do wykazania prawidłowości oceny dokonanej przez zamawiającego. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, czynność odrzucenia oferty odwołującego nie podlegałaby kontroli w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie podtrzymał stanowisko przedstawione w decyzji odrzuceniu oferty odwołującego w całości oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą według kryterium oceny ofert, jakim w niniejszym postępowaniu jest cena. Uwzględnienie odwołania skutkowałoby koniecznością unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz umożliwiłoby wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Creative Tech Modern Company Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłoszone stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonej na posiedzeniu w tym zakresie przez odwołującego. Odwołujący nie uprawdopodobnił braku interesu wykonawcy Creative Tech Modern Company Sp. z o.o. w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Izba ustaliła, w oparciu o wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego, że zaoferowana przez przystępującego cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia nie przekracza środków, które zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W postępowaniu zostały złożone do zamawiającego trzy oferty, z których dwie, w tym oferta odwołującego, zostały odrzucone ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż uznał, że cena oferty przystępującego przekracza środki jakie zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający zawarł w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) m.in. wymaganie dotyczące wydajności oferowanego zestawu komputerowego wraz z oprogramowaniem i wyposażeniem dodatkowym. Zamawiający wymagał m.in. wykazania przez wykonawcę wyników testów wydajności oferowanego sprzętu (SYSmark® 2012 PerformanceTest) nie gorszych niż:

- SYSmark Rating - co najmniej 130 punktów,

- Office Productivity - co najmniej 120 punktów,
- Media Creation - co najmniej 140 punktów,
- Web Development - co najmniej 130 punktów,
- Data/Financial Analysis - co najmniej 150 punktów,
- System Management - co najmniej 165 punktów,

Zamawiający wymagał złożenia w ofercie wydruku z przeprowadzonego testu, potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jednocześnie zamawiający zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testu przez wykonawcę i w tym celu wezwania wykonawcy do dostarczenia zamawiającemu oprogramowania testującego, komputera do testów oraz dokładnego opisu metodyki przeprowadzonego testu wraz z wynikami w celu ich sprawdzenia.

Odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 6 maja 2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w dniu 9 maja 2014 r. wymagany wydruk wyników przeprowadzonego testu wydajnościowego komputera w oferowanej konfiguracji, prezentujący osiągnięcie odpowiednio dla poszczególnych testów:

- SYSmark Rating -140 punktów,
- Office Productivity - 121 punktów,
- Media Creation - 141 punktów,
- Web Development -132 punkty,
- Data/Financial Analysis - 154 punkty,
- 3D Modeling - 133 punkty,
- System Management - 166 punkty.

Złożony dokument potwierdza, że zaoferowany komputer spełnia minimalne wymagania w zakresie oczekiwanej przez zamawiającego wydajności.

Korzystając z uprawnienia przewidzianego w SIWZ, zamawiający w dniu 27 maja 2014 r. wezwał odwołującego do dostarczenia zestawu komputerowego wraz z oprogramowaniem testującym w celu wykonania testu wydajnościowego SYSmark. Zamawiający wymagał dostarczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem do siedziby zamawiającego i „uruchomienie testu SYSmark, zgodnie z metodyką załączonego do Państwa oferty dokumentu”.

W wyniku przeprowadzonego z udziałem odwołującego testu sprawdzającego w siedzibie zamawiającego uzyskano następujące wyniki:

- Office Productivity - 148 pkt,
- Media Creation - 148 pkt,
- Web Development - 142 pkt,
- Data/Financial Analysis - 177 pkt,
- 3D Modeling - 154 pkt,

- System Management - 169 pkt.

W odniesieniu do parametru SYSmark 2012 Rating nie uzyskano wyniku, a jedynie zapis „N/A”.

Biorąc pod uwagę dany stan faktyczny, w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w wyniku odrzucenia oferty odwołującego oraz naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Test przeprowadzony w siedzibie zamawiającego został przeprowadzony odrębnie - najpierw uwzględniając łącznie pięć scenariuszy, a następnie oddzielnie dla jednego. W ten sposób nie został osiągnięty wynik SYSmark Rating. Wykonawca nie wykazał, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzyskane wyniki dla 6 poszczególnych testów (składowych) przewyższają wymagane wartości minimalne określone w SIWZ, jednak nie obejmują one wymaganego przez zamawiającego wyniku testu SYSmark Rating. Ponadto, wyniki ww. testów zostały uzyskane w inny sposób niż przedstawiony w ofercie odwołującego. Zgodnie z metodyką załączonego do oferty dokumentu – powinny być one uzyskane w formie wydruku wygenerowanego przez program testujący po przeprowadzeniu wszystkich wymaganych scenariuszy testu. Uzyskane wyniki zostały zarejestrowane jedynie na ekranie komputera. Poszczególne scenariusze zostały przeprowadzone w sposób rozdzielny (5+1), co uniemożliwiło uzyskanie wydruku, zawierającego wszystkie wymagane wyniki, w tym wynik SYSmark Rating, który to parametr nie został obliczony przez program testujący w trakcie przeprowadzonego testu. Odwołujący dokonał samodzielnie („ręcznie”) odpowiedniego obliczenia tego parametru.

Obliczenie wyniku SYSmark Rating w sposób „ręczny”, poprzez dokonanie odpowiednich działań matematycznych nie stanowi potwierdzenia spełnienia omawianego wymogu - zgodnie z metodyką wykonanego testu, którego wyniki zostały załączone do oferty odwołującego. Przedstawione w ofercie wyniki wraz z SYSmark Rating zostały uzyskane jako wyniki testu obejmującego wszystkie wymagane scenariusze łącznie. Natomiast test sprawdzający w siedzibie zamawiającego został wykonany najpierw dla 5 testów i odrębnie dla 1 testu, co w efekcie nie pozwoliło na uzyskanie stosownego wydruku, zawierającego wymagany wynik SYSmark Rating. Brak tego wyniku stanowi o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Obliczenie na podstawie otrzymanych wyników testów cząstkowych wyniku SYSmark Rating, jako średniej geometrycznej sześciu wyników testów, nie stanowi wymaganego potwierdzenia zgodności z wynikami zaprezentowanymi w dokumencie załączonym do oferty. W ocenie Izby test sprawdzający przeprowadzony w siedzibie zamawiającego powinien umożliwić uzyskanie wszystkich wymaganych w SIWZ wyników, w tym SYSmark

Rating na wydruku z programu testującego. Jednocześnie nie mają istotnego znaczenia nieznaczące odchylenia wyników uzyskanych w teście sprawdzającym. Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że wyniki testu przeprowadzonego po raz kolejny mogą różnić się nieznacznie od wyników testu wykonanego wcześniej, co wynika z wielu czynników w trakcie wykonywania testu (np. bieżącego obciążenia procesora lub ilości procesów wykonywanych podczas testu przez system operacyjny).

Test przeprowadzony w siedzibie zamawiającego nie potwierdził zatem, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonanie podczas testów wymaganych do uzyskania SYSmark Rating scenariuszy i obliczenie na tej podstawie przez wykonawcę wartości SYSmark Overall Rating nie stanowi potwierdzenia spełniania wymagań, gdyż wynik ten powinien zostać uzyskany w formie wydruku z danego programu testującego. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że wyniku tego nie uzyskano z przyczyn obiektywnych - nie leżących po stronie badanego sprzętu (odwołującego). Wskazując, że producent oprogramowania, w żadnym miejscu dokumentacji oprogramowania testującego nie artykułuje wymogu jednoczesnego zadania i wykonania wszystkich wymaganych scenariuszy, odwołujący nie wyjaśnił obiektywnej przyczyny braku potwierdzenia przez oprogramowanie testujące wartości SYSmark Rating w taki sam sposób, jak przedstawiono to w dokumencie (wydruku) stanowiącym załącznik do oferty odwołującego. Fakt ten nie został także wykazany przez odwołującego za pomocą złożonej do akt sprawy opinii opracowanej przez dr inż. Andrzeja Zalewskiego w zakresie „Testowania wydajności zestawów komputerowych testami aplikacyjnymi BAPCO SYSmark2012” z dnia 24 czerwca 2014 r. Opinia ta nie odnosi się do przyczyny braku wykonania przez odwołującego testu SYSmark 2012 Rating – obejmującego wszystkie scenariusze jednocześnie oraz nieuzyskania wszystkich wyników testu, zgodnie z dokumentem załączonym do oferty. Odwołujący nie przedstawił zatem dowodu na okoliczność, że zaoferowana konfiguracja sprzętowa pozwala na uzyskanie wymaganych wyników, które odwołujący przedstawił w ofercie w formie wydruku. Zauważyć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w znacznej mierze ma charakter formalny, a wobec tego wykazanie przez wykonawcę zgodności treści oferty z treścią SIWZ może mieć także charakter formalny, tj. poprzez przedłożenie określonych dokumentów lub też wykonanie testu i uzyskanie wyników potwierdzających wyniki stwierdzone w takim dokumencie, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zatem wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ musi nastąpić w określonej przez zamawiającego formie. Odstąpienie przez zamawiającego od wymagań co do formy, określonych w SIWZ, jest niedopuszczalne na etapie oceny ofert, gdyż stanowiłoby istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak słusznie zauważył odwołujący, w SIWZ nie podano wytycznych dotyczących

metodyki prowadzenia testu, a zatem zamawiający pozostawił sposób prowadzenia testów w gestii wykonawcy. Wykonawca był zobowiązany do uzyskania i przedstawienia zamawiającemu wyników wszystkich wymaganych testów (scenariuszy), bez względu na kolejność czy sposób ich uruchomienia, zgodnie z metodyką przedstawioną w ofercie. Skoro zatem odwołujący przedstawił w ofercie wydruk z programu testującego obejmujący wszystkie wymagane wyniki, to w taki sam sposób powinien przedstawić wyniki testu sprawdzającego wykonanego w siedzibie zamawiającego. W niniejszym przypadku odwołujący nie uzyskał w ramach programu testującego wyniku SYSmark Rating, co potwierdzają przedstawione przez odwołującego zrzuty z ekranu wyników 5 testów wykonanych łącznie oraz jednego wykonanego odrębnie. Wyniki te nie potwierdzają wszystkich wymaganych parametrów, które zostały przedstawione w ofercie w oparciu o wymagany system testujący. Nie ma zatem podstaw by uznać, że odwołujący wykazał zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ w omawianym zakresie.

W tych okolicznościach Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub Kodeksu cywilnego, poprzez odstąpienie od ogłoszonych warunków przetargu. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, zamawiający wymagał potwierdzenia w ofercie spełnienia przez oferowany sprzęt wymogów dotyczących wydajności wraz z potwierdzeniem spełnienia tych wymagań w ramach dopuszczonych przez zamawiającego testów sprawdzających wykonanych w siedzibie zamawiającego. Pomimo dołączenia do oferty odwołującego dokumentu potwierdzającego zgodność przedmiotu oferty z ww. wymaganiami siwz, odwołujący nie wykazał zgodności treści oferty z treścią ww. wymagań w ramach przeprowadzonego testu sprawdzającego. Niezgodność ta nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał tym samym naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

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

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: