

Sygn. akt: KIO 1410/20

WYROK
z dnia 16 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2020 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 czerwca 2020 roku** przez wykonawcę: **PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE PIOMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **K3 System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE PIOMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE PIOMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 25 czerwca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami, dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE PIOMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa zestawów komputerowych wraz z akcesoriami” prowadzi Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie, z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 040-094157.

Odwołanie złożono wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K3 System Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „K3 System”) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo uwzględnienia wcześniejszego odwołania złożonego przez Odwołującego.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający przekazał Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 24 czerwca 2020 r. Odwołanie złożono zatem z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawów komputerowych wraz z akcesoriami, w tym: komputery typu All-In-One 24" i 22".

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty naruszenia:

a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K3 System jako sprzecznej z treścią SIWZ, mimo że wcześniejszej wniesione odwołanie zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a zaoferowany przez wykonawcę K3 System sprzęt nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności procesor w zaoferowanych komputerach All-In-One 24" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11500 punktów oraz w zaoferowanych komputerach All-In-One 22" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11000 punktów;

b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K3 System jako sprzecznej z treścią SIWZ, mimo że zaoferowany przez tego wykonawcę sprzęt nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności procesor w zaoferowanych komputerach All-In-One 24" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11500 punktów oraz w zaoferowanych komputerach All-In-One 22" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11000 punktów.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia wyboru oferty K3 System jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert i odrzucił ofertę K3 System z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to nie dokonałby wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K3 System, bowiem to oferta Odwołującego winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy miało zdaniem Odwołującego istotny wpływ na wynik postępowania.

1) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K3 System jako sprzecznej z treścią SIWZ, mimo że wcześniej wniesione odwołanie zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a zaoferowany przez wykonawcę K3 System sprzęt nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności procesor w zaoferowanych komputerach All-In-One 24" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11500 punktów oraz w zaoferowanych komputerach All-In-One 22" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11000 punktów;

W dniu 19 kwietnia 2020 r. Odwołujący skierował do KIO odwołanie, w którym kwestionował wybór oferty K3 System jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Złożone odwołanie zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, a Przystępujący K3 System nie skorzystał z możliwości wniesienia sprzeciwu. Odwołujący wskazał, że argumentacja

przedstawiona w ramach wyjaśnień przez wykonawcę K3 System Sp. z o.o. winna zostać podniesiona w toku poprzedniego postępowania odwoławczego po wniesieniu sprzeciwu. Sprzeciw jednak złożony nie został a zarzut odwołania dotyczył tylko i wyłącznie zaniechania odrzucenia oferty K3 System z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien po umorzeniu poprzedniego postępowania odwoławczego dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy K3 System, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 544/18).

Po uwzględnieniu poprzedniego odwołania nie pojawiły się jakiegokolwiek nowe okoliczności, które mogłyby wpłynąć na stanowisko Zamawiającego odnośnie zasadności odrzucenia oferty K3 System. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2396/17 Odwołujący zauważył, że: *„Zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć zasadność zgłoszonych żądań. Jeżeli zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą. Działania zamawiającego po uwzględnieniu odwołania nie mogą mieć charakteru pozornego, dotyczącego powtórzenia czynności bez realnej ku temu potrzeby”*. W ocenie Odwołującego wcześniejsze uwzględnienie odwołania miało charakter pozorny, co również winno być wzięte pod uwagę przy ocenie zasadności wniesionego obecnie odwołania.

W toku prowadzonych wyjaśnień K3 System powołało się na historyczne wyniki, które w treści poprzedniego odwołania zostały jednoznacznie wykazane jako nie mogące obowiązywać w toku postępowania oraz sprzeczne z treścią SIWZ (zgodził się z tym Zamawiający, jak i Przystępujący).

Wykonawca K3 System w treści złożonych wyjaśnień sam wskazał, że w jego ocenie kluczowe znaczenie dla oceny wersji testów jest oświadczenie PassMark Software o ważności poszczególnych wersji. Już w poprzednim odwołaniu Odwołujący wskazywał, że wyniki historyczne oznaczone są przez PassMark jako wyniki aktualne na dzień 20 marca 2020 r., o czym wykonawca K3 System jako profesjonalista miał pełną wiedzę. Wyniki te nie były zatem aktualne ani na dzień składania oferty ani na ustalony przez Zamawiającego dzień składania ofert. Tym samym utrata aktualności wyników opisanych na stronie powoduje, że wyniki takie nie mogą być brane pod uwagę w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego.

Wyjaśnienia wykonawcy K3 System odnośnie momentu ogłoszenia postępowania nie mają znaczenia dla oceny zgodności jego oferty z treścią SIWZ. W treści wymagań Zamawiający nie odwołał się do wersji 9.0 testów, a jedynie wskazał, na konkretną stronę internetową, na której znajdują się testy aktualne. Co więcej składając ofertę w postępowaniu profesjonalista jakim jest K3 System winien sprawdzić, że oferowany przez niego sprzęt

spełnia wymagania na dzień składania ofert, to w tym konkretnym dniu składa on bowiem oświadczenie woli o zaoferowaniu Zamawiającego konkretnego sprzętu oraz w tym konkretnym dniu potwierdza oświadczeniem woli, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Przy ocenie zatem zgodności treści oferty K3 System z treścią SIWZ należy wziąć pod uwagę profesjonalny charakter wykonawcy i zastosować normę wynikającą z art. 355 § 2 k.c.

Mając na uwadze powyższe w kolejnym zarzucie Odwołujący ponownie podnosił wskazaną wcześniej argumentację, która w pełni zachowała aktualność.

2) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K3 System jako sprzecznej z treścią SIWZ, mimo że zaoferowany przez tego wykonawcę sprzęt nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności procesor w zaoferowanych komputerach All-In-One 24" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11500 punktów oraz w zaoferowanych komputerach All-In-One 22" nie osiąga w teście PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) wyniku min. 11000 punktów

Zamawiający nie wykonał czynności w toku postępowania zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania. Ponownie Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający wymagał m.in. w odniesieniu do:

1. Komputera All-In-One 24" poz. 1 SOPZ - Procesor posiadający min. 6 rdzeni fizycznych o taktowaniu bazowym min. 3.0 GHz (min. 4.3 GHz w trybie turbo), posiadającym min. 9 MB cache, obsługującym instrukcje x64, technologia wykonania nie więcej niż 14nm, maksymalna ilość wydzielanego ciepła TDP 65W, wspierający technologię vPro. Osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 11500 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net);

2. Komputera All-In-One 22" poz. 2 SOPZ - Procesor posiadający min. 6 rdzeni fizycznych o taktowaniu bazowym min. 2.9 GHz (min. 4.0 GHz w trybie turbo), posiadającym min. 9 MB cache, obsługującym instrukcje x64, technologia wykonania nie więcej niż 14nm, maksymalna ilość wydzielanego ciepła TDP 65W. Osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 11000 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net).

Wykonawca K3 System w treści złożonej oferty zaoferował:

1. Komputer All-In-One 24" poz. 1 SOPZ - Lenovo M920z PN: 10S7S4CL00 + gwarancja 5 lat, KYHD 5Y, kabel HDMI
2. Komputer All-In-One 22" poz. 2 SOPZ - Lenovo M820z PN: 10SDS39500 + gwarancja 5 lat, KYHD 5Y, kabel HDMI

Jednocześnie w treści Załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w ofercie wymagane jest podanie: nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego oferowanego sprzętu umożliwiającego jednoznaczną identyfikację oferowanej konfiguracji w oparciu o materiały i systemy dostępne na stronie producenta.

Korzystając z konfiguratora znajdującego się na stronie internetowej producenta Lenovo (wpisując numer katalogowy - PN wskazany w treści oferty K3 System) można jednoznacznie ustalić, że procesory znajdujące się w zaoferowanych komputerach to:

1. Komputer All-In-One 24" poz. 1 SOPZ (Lenovo M920z) - procesor Intel i5-9500
2. Komputer All-In-One 22" poz. 2 SOPZ (Lenovo M820z) - procesor Intel i5-9400

(dowód: wydruki z konfiguratora Lenovo na okoliczność procesorów znajdujących się w zaoferowanych komputerach).

Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do testów wydajności procesora wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 04 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1177/19. Ponadto Izba jednoznacznie potwierdziła o konieczności oceny treści oferty w oparciu o konkretne zapisy SIWZ, w tym przypadku pochodzenie informacji o wydajności procesora z konkretnej strony internetowej. Zamawiający przed otwarciem ofert miał dowolną możliwość w kształtowaniu wymagań SIWZ, również w odniesieniu do miejsc, w których publikowane są testy wydajności. Przed otwarciem ofert żaden z wykonawców nie skierował do Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ ani jej zmianę poprzez dopuszczenie pochodzenia testów z innych stron internetowych. Tym samym w momencie upływu terminu składania ofert wymagania Zamawiającego stały się obowiązujące zarówno dla Zamawiającego jak i wszystkich wykonawców.

Termin składania oferty w postępowaniu upływał w dniu 31 marca 2020 r., w którym to dniu wynik testów PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) miał spełniać wymogi postawione przez Zamawiającego. Nie są zatem zasadne argumenty K3 System, w myśl których brak wskazania w SIWZ daty, w której ma być osiągnięty wynik wydajności procesora, pozwala wykonawcy wykazać spełnienie wymogu z jakiegokolwiek daty. Z przepisów bowiem wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta ma być zgodna z SIWZ od początku, czyli od terminu składania ofert i dla skuteczności tych przepisów nie jest konieczne dodatkowe wskazywanie powyższego w SIWZ. Oznacza to, że wymagany wynik wydajności procesora musi być osiągnięty na dzień składania ofert, nie zaś na dowolny dzień wybrany przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego wzajemna korelacja przepisów: art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust 1 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że terminem na jaki spełnione mają być wymogi postawione przez Zamawiającego jest niewątpliwie dzień upływu terminu składania ofert w postępowaniu, co miało miejsce w dniu 31 marca 2020 r. Co więcej, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców wskazują, że oferty złożone w postępowaniu

muszą być ofertami porównywalnymi. Dzień upływu składania ofert w postępowaniu jest terminem obiektywnym, który pozwala na porównanie złożonych ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy następuje z chwilą złożenia oferty. Oznacza to, że od chwili złożenia oferta jest „ofertą” w rozumieniu kodeksu cywilnego (jeżeli zawiera istotne postanowienia umowy) i od tej chwili jej treść (przedmiot zamówienia, jego zakres, parametry, termin i sposób wykonania) musi być zgodna z treścią SIWZ. Nie są zatem zasadne argumenty, w myśl których brak wskazania w SIWZ daty, w której ma być osiągnięty wynik wydajności procesora, pozwala wykonawcy wykazać spełnienie wymogu z jakiegokolwiek daty. Z przepisów bowiem wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta ma być zgodna z SIWZ od początku, czyli od terminu składania ofert a dla skuteczności tych przepisów nie jest konieczne dodatkowe wskazywanie powyższego w SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 632/19).

Wyjaśnienia wykonawcy K3 System odnośnie momentu ogłoszenia postępowania nie mają znaczenia dla oceny zgodności jego oferty z treścią SIWZ. W treści wymagań Zamawiający nie odwołał się do wersji 9.0 testów, a jedynie wskazał na konkretną stronę internetową, na której znajdują się testy aktualne. Co więcej, składając ofertę w postępowaniu profesjonalista jakim jest K3 System winien sprawdzić, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania na dzień składania ofert. To w tym konkretnym dniu składa on oświadczenie woli o zaoferowaniu Zamawiającego konkretnego sprzętu oraz w tym konkretnym dniu potwierdza oświadczeniem woli, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Przy ocenie zatem zgodności treści oferty K3 System z treścią SIWZ należy wziąć pod uwagę profesjonalny charakter wykonawcy i zastosować normę wynikającą z art. 355 § 2 k.c.

Wynik testów PassMark CPU Mark (wynik znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) w zaoferowanych komputerach na dzień składania ofert nie spełniał wymagań Zamawiającego, bowiem wynosił odpowiednio: dla Intel i5-9500 - 9410 pkt oraz dla Intel i5-9400 - 9419 pkt. Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania wydruk ze strony www.cpubenchmark.net na okoliczność wyników procesorów Intel i5-9500 oraz Intel i5-9400 nie spełniających wymagań Zamawiającego na dzień 31 marca 2020 r.

Gdyby nawet przyjąć, że wymogi w zakresie testów nie są wymagane do spełnienia na dzień składania ofert w postępowaniu (31 marca 2020 r.) a na dzień złożenia danej oferty, to wskazać należy, że wykonawca K3 System złożył ofertę w dniu 30 marca 2020 r., w którym to dniu wynik testów PassMark CPU Mark (znajdujący się na stronie www.cpubenchmark.net) w zaoferowanych komputerach również nie spełniał wymogów postawionych przez Zamawiającego, bowiem wynosił odpowiednio: dla Intel i5-9500 - 9408

pkt oraz dla Intel i5-9400 - 9418 pkt (dowód: wydruk ze strony www.cpubenchmark.net na okoliczność wyników procesorów Inteli i5-9500 oraz Intel i5-9400 nie spełniających wymagań Zamawiającego na dzień 30 marca 2020 r.).

Jednocześnie Odwołujący dodał, że wyniki historyczne znajdujące się na stronie www.cpubenchmark.net nie mogą służyć ocenie spełniania wymagań Zamawiającego z dwóch powodów. Po pierwsze należy zauważyć, że w dniu, w którym K3 System składało ofertę w rozumieniu ustawy Pzp wyniki te były oznaczona na stronie jako historyczne (oznaczone przez PassMark jako wyniki aktualne na dzień 20 marca 2020 r.), o czym wykonawca K3 System jako profesjonalista miał pełną wiedzę. Utrata aktualności wyników opisanych na stronie powoduje, że wyniki takie nie mogą być brane pod uwagę. Po drugie, wyniki testów oznaczone jako historyczne są nieporównywalne z wynikami aktualnymi z uwagi na wprowadzenie 1.0 wersji oprogramowania testowego Passmark. Zaakceptowanie testów historycznych, których wynik osiągnięto przy wykorzystaniu starszej wersji oprogramowania oznaczałoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców bowiem porównywane byłyby wyniki osiągnięte z wykorzystaniem innej metodologii.

Analogicznie, jako niewłaściwe, uznać należałoby wyniki testów przeprowadzonych samodzielnie przez wykonawcę w oparciu o starsze wersje oprogramowania i przedstawione jako dowód na zgodność oferty z treścią SIWZ. Wyniki testów przeprowadzonych indywidualnie przez wykonawcę na potrzeby wykazania spełniania wymogów Zamawiającego nie dość, że byłyby nieporównywalne, to nie pochodziłyby ze strony wskazanej przez Zamawiającego w treści SIWZ, a więc byłyby sprzeczne z treścią SIWZ.

Wybór oferty wykonawcy K3 System (po uwzględnieniu złożonych przez niego wyjaśnień) jest sprzeczny z treścią samego wezwania skierowanego przez Zamawiającego). Zamawiający w treści wezwania do wykonawcy jednoznacznie wskazał, że wyniki, które są przez jednostkę testującą uznane za archiwalne nie będą uznane za potwierdzenie spełniania wymagań. Skoro zatem z wynikiem, którym posiłkował się w ramach wyjaśnień wykonawca K3 System możemy zapoznać się po wejściu w zakładkę: „PerformanceTest V9 archived CPU List” (tłumaczenie: „PerformanceTest V9 zarchiwizowana lista procesorów”), to nie może ulegać wątpliwości, że wykonawca K3 System powołuje się na testy uznane przez jednostkę testującą (prowadzącą stronę internetową) jako archiwalne. Co więcej na wydruku załączonym do wyjaśnień przez K3 System wskazano jednoznacznie, że jest to: „PerformanceTest V9 CPU List as of March 20, 2020 [OLD]” (tłumaczenie: „Lista procesorów PerformanceTest V9 na dzień 20 marca 2020 r. [STARY]”). Nie powinno ulegać wątpliwości, że sam wykonawca K3 System przedłożył Zamawiającemu dowody, że przedłożony wydruk z testów był aktualny jedynie na dzień 20 marca 2020 r., a zatem nie był aktualny na dzień składania ofert, tak jak wymagał tego Zamawiający (również w treści wezwania).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udzialem Stron i Uczestnika postepowania odwolawczego, uwzgledniajac zgromadzony material dowodowy, jak rowniez biorac pod uwage oswiadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, zlozonych w postepowaniu o udzielenie zamowienia ofertach, wyjasnieniach, odwolaniu, a takze wyrazone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustalila i zwazyla, co nastepuje:

Ustalono, ze nie zostala wypelniona zadna z przeslanek skutkujacych odrzuceniem odwolania w calosci w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdzilszy ich, Izba skierowala odwolanie na rozprawe.

Ustalono dalej, ze wykonawca wnoszacy odwolanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamowienia, kwalifikowany mozliwoscia poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiajacego przepisow ustawy, o ktorych mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamowien publicznych. Mozliwosc dokonania w sposob nieprawidlowy czynnosci badania i oceny ofert, w tym wybor jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, ktorej waznosc i prawidlowosc jest kwestionowana, pozbawia Odwolujacego mozliwosci uzyskania zamowienia. Wypelnione zostaly zatem materialnoprawne przeslanki do rozpoznania odwolania, wynikajace z tresci art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postepowania odwolawczego zgloszenie przystapienia po stronie Zamawiajacego zlozil wykonawca **K3 System Sp. z o.o., z siedziba w Warszawie**. Izba potwierdzila skutecznosc zgloszonego przystapienia.

Na podstawie dokumentacji postepowania przeslanej przez Zamawiajacego Izba ustalila, ze w opisie przedmiotu zamowienia wskazano, iz zaproponowany przez Wykonawce sprzet winien byc tozsamy z wykazanym w ofercie. Przez tozsamosc nalezy rozumiec sprzet tej samej marki, ktory charakteryzuje sie co najmniej konfiguracja wyspecyfikowana w przyjetaj przez Zamawiajacego najkorzystniejszej ofercie, o nowocześniejszych rozwiązaniach technicznych, rozniacy sie jedynie symbolem modelu.

W oparciu o opis przedmiotu zamowienia dla zamawianego sprzetu ustalono, ze Zamawiajacy wymagal podania w ofercie: nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego oferowanego sprzetu umozliwiajacego jednoznaczna identyfikacje oferowanej konfiguracji w oparciu o materialy i systemy dostepne na stronie producenta. Dla komputera All-In-One 24" wymagano w przypadku procesora osiagniecia w tescie PassMark CPU Mark

wynik min. 11500 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net), dla komputera komputera All-In-One 22" określono, że processor miał osiągnąć w teście PassMark CPU Mark wynik min. 11000 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net).

Z oferty wykonawcy K3 System wynika, że w przypadku komputera All-In-One 24 cale zaoferowano Lenovo M920z PN: 10S7S4CL00 + gwarancję 5 lat + KYHD 5Y, kabel HDMI, natomiast w przypadku komputera All-In-One 22 cale zaoferowano Lenovo M820z PN: 10SDS39500 + gwarancję 5 lat, KYHD 5Y, kabel HDMI.

Po uwzględnieniu odwołania Piomar o sygn. akt KIO 841/20, Zamawiający wezwał K3 System do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp odnośnie do zgodności z wymogami SIWZ. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy w dniu upływu składania ofert zaoferowany proces osiągał (lub nadal osiąga) w teście PassMark CPU Mark wymagane poziomy punktów. Proszono o dokładne wskazanie strony internetowej www.cpubenchmark.net, gdzie oferowane procesory osiągają żadaną ilość punktów przez załączenie wydruku testu obowiązującego w dniu składania ofert.

Zamawiający zaznaczył, że jako spełniające warunek uznał wyłącznie obowiązujące (aktualne) wyniki testu, zaś wyniki testu, które zostały wykluczone (uznane przez jednostkę testującą za archiwalne) nie będą uznawane. Podkreślono również, że oferowane procesory powinny osiągać żądane wyniki nie w dowolnej dacie, lecz w dniu składania ofert (lub nadal osiągać) – tak wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2019 roku, sygn. akt KIO 632/19, KIO 645/19.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, zaznaczył, że złożona przez niego oferta jest zgodna z wymogami SIWZ, on sam nie podlega wykluczeniu i dodatkowo podkreślił, że Zamawiający nie wskazał, że zaoferowany winien być procesor osiągający żądane wyniki w najnowszym teście PassMark, ani nie wskazał, że wynik musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php, czy też że test ma dotyczyć wersji v.10 testów. Zamawiający nie żądał zaoferowania procesora, który osiąga w określonej wersji testu wskazaną ilość punktów, lecz by zaoferowany procesor uzyskał wskazaną ilość punktów w takim teście i wynik ten znajdował się na określonej stronie WWW.

Podkreślono, że odróżnić należy wersję testu PassMark najnowszą, od starszej ale nadal aktualnej i od wersji, które już nie są aktualne. W tym samym dniu/okresie może być aktualna więcej niż jedna wersja testu. Zamawiający nie sprecyzował, że dopuszcza tylko jedną wersję, więc uznać należy, że obie wersje testu, aktualne w dniu składania ofert (wersja 9.0 i wersja 10.0) mogą stanowić podstawę, że oferowany produkt spełnia wymogi SIWZ.

K3 System wyjaśniło, że kolejne wersje testu mają wbudowane odmienne zestawy benchmarków. Przedstawiono wyjaśnienie czym różnią się wersje 8.0, 9.0 i 10.0. Każda

z kolejnych wersji testu PassMark CPU stanowi modyfikację poprzedniej wersji, zaś wbudowane benchmarki częściowo różnią się od siebie. Jednak kluczowe znaczenie dla oceny wersji testów ma oświadczenie PassMark Software o ważności poszczególnych wersji, a nie różnice między nimi. Różnice są oczywiste, zaś fakt, która wersja w danym czasie może być wykorzystywana przez użytkowników dla badań jest nieoczywisty, choć według oficjalnego komunikatu ze względu na dużą liczbę zmian wprowadzonych w testach procesora w wersji v.10, wszystkie obliczone wartości znaczników zostały ponownie zrównoważone i zeskalowane. Współczynnik skalowania powoduje, że niektóre procesory zmieniły pozycję na wykresie. Użytkownicy mogą nadal korzystać z wersji v.9 oprogramowania i przysyłać wyniki, ale lista wyników będzie ostatnią. Ta lista służy wyłącznie do celów informacyjnych. Starsze wyniki wersji 8.0 zostały wykluczone.

Zdaniem K3 System z komunikatu płyną następujące wnioski: do 19 marca 2020 roku wersja 9.0 wersją najnowszą, natomiast wersja 8.0 była wciąż aktualną, której wyniki były miarodajne. Od dnia 20 marca 2020 roku wersja 10.0 jest najnowszą, zaś wersja 9.0 jest wciąż aktualna, wyniki jej są miarodajne. Bowiem zdaniem producenta oprogramowania CPU Mark PT 10 jest w pewnym stopniu porównywalny z CPU Mark PT 9, dla procesorów tej samej epoki, nie tyle dla starych a nowych procesorów.

Ponadto, w czasie ogłoszenia postępowania (26/02/2020) najbardziej aktualną wersją testu była wersja 9.0 i to w odniesieniu do tej wersji były wyznaczane minima Zamawiającego. Zamawiający nie mógł mieć na myśli wersji 10.0, ponieważ tej fizycznie jeszcze nie było. Obecnie Zamawiający nie może zmieniać treści oświadczenia zawartego w SIWZ, tylko dlatego że w okresie między ogłoszeniem a datą składania ofert została stworzona kolejna wersja testu. Gdyby Zamawiający żądał najnowszej wersji testu, to wówczas po publikacji nowej wersji, mógłby zmienić treść SIWZ i dopuścić poleganie na obu wersjach (...), ponadto Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany treści SIWZ po otwarciu ofert.

W dniu publikacji ogłoszenia ani Zamawiający ani wykonawcy nie mieli wiedzy o przewidywanej nowej wersji testów. Usiłowanie zawężenia treści SIWZ wyłącznie do najnowszej wersji testów lub też wersji 10.0 jest niezrozumiałe, gdyż w czasie publikacji ogłoszenia najnowszą wersją była wersja 9.0, a rynek nie miał wiedzy o przygotowaniu kolejnej wersji testów. Ale nawet gdyby przyjąć, że miał wiedzę, to do 20/03/2020 nie były znane wprowadzone zmiany, zastosowane benchmarki, uzyskiwane wyniki. Nielogiczne byłoby założenie, że Zamawiający w dniu publikacji ogłoszenia chciał odnosić się do przyszłego, nieznanego sobie zestawu i wyników. Zatem założenie Odwołującego, że w dniu publikacji ogłoszenia Zamawiający odnosił się do nie do obowiązującej wersji, dostępnej na stronie WWW lecz do wersji jeszcze wówczas nieistniejącej, nie ma poparcia w literalnym brzmieniu SIWZ, intencjach Zamawiającego ani wartością szacunkową zamówienia.

Co do aktualności wersji, to zwrócono uwagę, że PassMark jako obowiązującą – aktualną wersję traktuje wersje 9.0 i 10.0, wykluczając jedynie 8.0 i starsze. Od dnia publikacji ogłoszenia do dnia wezwania Zamawiający nie uzewnętrznił w żaden sposób zmiany SIWZ, która obowiązywałaby wszystkich wykonawców i dopuszczała posiłkowanie się testami aktualnymi, a nie testem najnowszym opublikowanym na stronie www.cpubenchmark.net/cpu_list.php.

Przystępujący potwierdził, że zarówno na dzień składania oferty, jak też na dzień składania wyjaśnień zaofertowane komputery spełniają warunek dotyczący procesora, co potwierdził złożeniem wydruków wyników testów.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia Przystępującego i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazał, że nie wymagał, by wyniki testów wydajnościowych znajdowały się w najnowszym teście PassMark, nie odwoływał się do adresu internetowego, z którego wyniki załączył Odwołujący do odwołania, nie wymagał również, że procesor miał osiągnąć określony wynik testu w wersji 10. Zamawiający nie sprecyzował, że dopuszcza tylko jedną wersję, więc uznać należy, iż obie wersje testu, aktualne w dniu składania ofert (czyli 9 i 10) mogą stanowić podstawę do potwierdzenia, że zaofertowany produkt spełnia wymagania SIWZ. Zdaniem Zamawiającego stanowisko takie potwierdzają oświadczenia i komunikaty znajdujące się na stronie PassMark co do wersji 9.0, na które powoływał się Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający złożył jako dowód wydruk z korespondencji mailowej prowadzonej z przedstawicielem PassMark (wraz z tłumaczeniem własnym) co do ważności poszczególnych wersji testów i możliwości powoływania się przez Wykonawców na te wersje.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że po uwzględnieniu wcześniejszego odwołania miał prawo skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp bowiem pominięcie etapu wyjaśnienia treści oferty przed jej ostateczną eliminacją z postępowania mogłoby zostać uznane za naruszenie zasady rzetelnego prowadzenia postępowania. Zamawiający uznał, że niewystarczająco wyjaśnił niektóre okoliczności w toku badania i oceny ofert, postanowił więc po uwzględnieniu odwołania te błędy naprawić.

Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego. Złożył w poczet materiału dowodowego wydruk ze strony www.cpubenchmark.net/pt9_cpu_list.php, (wraz z tłumaczeniem) wskazując, że od 20 marca 2020 roku wynik dla oferowanego procesora ma charakter stały i niezmienny dla wersji 9.0 testów.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Nie ulega wątpliwości, że terminem, na który badać należy zgodność złożonego oświadczenia woli przez danego wykonawcę z wymaganiami określonymi uprzednio przez Zamawiającego jest termin składania ofert. Wówczas to bowiem oświadczenie woli drugiej strony (wykonawcy) zawarcia umowy na określonych warunkach nabiera charakteru ostatecznego, konstytuuje się jego treść, przedmiot, inne istotne warunki. Stanowisko takie podzielał również Zamawiający. Zatem oferta musi być zgodna z wymaganiami SIWZ od terminu składania ofert, bez względu, czy tak wskazano wprost w SIWZ, czy też nie określono tego wyraźnie. Słusznie wskazał Odwołujący, że na datę składania ofert należało udowodnić Zamawiającemu, że składana oferta spełnia wymogi określone w SIWZ, także w zakresie parametrów wydajnościowych procesora. Izba uważa również, że na tę datę Zamawiający winien zbadać poprawność każdej z ofert, którą otrzymał, w odniesieniu do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, ustalonych kryteriów oceny ofert i innych ustalonych wymogów podmiotowo-przedmiotowych dla oferty i wykonawców.

Bez wątpienia również Zamawiający w SIWZ wymagał, by oferowane procesory osiągały w teście PassMark CPU Mark określony wynik, przy czym wynik ten musiał znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych dodatkowych wymagań odnośnie do określonej wersji testów, czy aktualności rankingów. Zamawiający określił warunki brzegowe w sposób ogólny, bez opisywania szczegółów danego rankingów. Izba w tym zakresie nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dokonał zmiany interpretacji zapisów SIWZ po terminie składania ofert, co należałoby uznać za niedopuszczalne. Zamawiający kierował się stanem wiedzy na dzień ogłoszenia postępowania i zdecydował, że weryfikacji ofert dokona na podstawie rankingów aktualizowanego codziennie (lub przynajmniej bardzo często), ale nie wskazał żadnych dodatkowych cech niezbędnych dla tego rankingów, nie odwoływał się do określonych wersji testów PassMark, zakładał zatem (albo przynajmniej godził się na to), że zmiana może ulec dana wersja testów. Zamawiający nie użył w SIWZ przede wszystkim sformułowania, że oceny wyniku testów dla procesora dokonywał będzie na podstawie ostatniej udostępnionej wersji testów, najbardziej aktualnej wersji testów w dniu składania ofert, aktywnej wersji testów. Zamawiający wskazał, że wynik testu ma znajdować się na podanej stronie internetowej. Oczywiście można dyskutować, czy taki warunek był postawiony w sposób logiczny i prawidłowy, zgodnie z potrzebami Zamawiającego, ponieważ na wskazanej stronie znajdują się również wyniki o charakterze archiwalnym. W tym miejscu dostrzeżenia jednak wymaga, iż jeżeli pojawiają się takie wątpliwości co do treści SIWZ, to należy je interpretować na korzyść wykonawców działających w zaufaniu do

podmiotu o charakterze publicznym. O ile oczywistym dla Izby jest, że intencją Zamawiającego nie był zakup procesorów, których wynik testów kiedykolwiek w jakiegokolwiek konfiguracji znaleźć można na wskazanej stronie internetowej, o tyle należało dokonać interpretacji warunku w odniesieniu do okoliczności zmiany wyników rankingu po ogłoszeniu postępowania a przed upływem terminu składania ofert i aktualności określonej wersji testów w dacie składania ofert.

W toku prowadzonego postępowania na stronie przywołanej przez Zamawiającego doszło do upublicznienia nowej wersji testów (10.0), która nie była znana i obowiązująca w dniu ogłoszenia postępowania. Zatem należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy dany wykonawca mógł odwoływać się do określonej wersji testów widniejącej na wskazanej przez Zamawiającego stronie w momencie składania oferty, ale nie będącej ostatnią wersją i jaka zależność istnieje między wynikami testów w wersji 9.0 i 10.0, którą z wersji można uznać za archiwalną, a która ma charakter aktualny, czy też który z wyników potwierdzał spełnianie wymogów SIWZ.

Jak wynika z komunikatu zamieszczonego na stronie PassMark, który przywołany został przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach oraz na rozprawie, ze względu na dużą liczbę zmian prowadzonych w testach procesora w wersji 10.0 wszystkie wartości znaczników zostały ponownie obliczone i zeskalkowane. Wynik testów zostało określony na dzień od 20 marca 2020 roku. Jednocześnie PassMark wprost wskazał, że użytkownicy mogą nadal korzystać z wersji 9.0 oprogramowania i przysyłać wyniki, natomiast lista dla wersji 9.0 będzie ostateczna i służy ona do celów informacyjnych. PassMark zachęcał jedynie użytkowników do odwiedzenia nowych wykresów dla procesorów w najnowszej wersji testów 10.0. Za archiwalne zostały przez PassMark uznane w sposób ostateczny wersji 8.0 testów. Podobna konstatacja płynie z analizy korespondencji mailowej przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego z przedstawicielem firmy PassMark. Z korespondencji wynika, że możliwe jest odwoływanie się do wyników wersji 9.0 testów, w zależności od potrzeb danej instytucji prowadzącej postępowanie. W ocenie składu orzekającego powyższe oznacza, że w dniu składania ofert można było powoływać się zarówno na wersję 9.0 testów, jak również na wersję 10.0. Wersja 9.0. nie stała się automatycznie wersją archiwalną, ponieważ za taką nie uważał jej sam PassMark. Instytucja testująca za nieobowiązującą uznała w sposób jednoznaczny wersję 8.0 testów. Informacyjny charakter wyników wersji 9.0 oznaczał natomiast w ocenie Izby, że możliwe jest powoływanie się na wyniki tych testów w określonych okolicznościach, nie będą one natomiast aktualizowane na bieżąco, ponieważ powyższe odbywa się w ramach udostępnionej dla użytkowników wersji 10.0 testów.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że wydruki wyników testów przedstawione przez Przystępującego mają charakter archiwalny i utraciły one ważność

w dniu 20 marca 2020 roku. Jak już zauważono powyżej, z komunikatu PassMark wynika, że wyniki stały się ostateczne w dniu 20 marca 2020 roku i testy nie będą już ponawiane, co nie oznacza jednak, że wyniki te mają charakter jedynie archiwalny. Sam PassMark określa dostęp do nich jako „historyczny”, a charakter jako informacyjny. Nie można natomiast w ocenie Izby między sformułowaniem „archiwalny” a „historyczny” postawić znaku równości. Za wykluczone ostatecznie zostały przez PassMark uznane starsze wyniki wersji 8.0, natomiast określenie to nie odnosiło się do wersji 9.0. Słusznie zdaniem Izby argumentował Zamawiający i Przystępujący, że z dniem 20 marca 2020 roku wyniki wersji 9.0. stały się ostateczne w takim znaczeniu, że nie będą one już zmieniane bez względu na datę przeprowadzenia testów. Wynik dla danej konfiguracji procesora został określony jako stały od dnia 20 marca 2020 roku. Zatem w dniu składania ofert (to jest 31 marca 2020 roku) wynik testu był taki sam jak w dniu 20 marca 2020 roku. Natomiast stałej walidacji i skalowaniu podlegają wyniki wersji 10.0. Tym niemniej Izba uważa, że jeżeli w dniu składania ofert obie wersje testu (9.0 i 10.0) były dostępne i weryfikowane na stronie PassMark, to możliwe było potwierdzenie spełniania wymagań SIWZ za pomocą którejkolwiek z tych wersji. Bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostają natomiast wyniki testu przedstawione przez Odwołującego na dzień 14 marca 2020 roku. Nie jest to w żaden sposób data graniczna dla jakichkolwiek czynności postępowania. Wydruk ten wskazuje jedynie, że w tym dniu wynik dla proponowanych procesorów był poniżej wymagań Zamawiającego. Ale jak zauważał sam Odwołujący, wyniki testów podlegały i podlegały weryfikacji w każdym dniu, a dla wersji 9.0 takim zmianom podlegały do dnia 20 marca 2020 roku. Przystępujący przedłożył natomiast wynik z daty późniejszej niż 14 marca 2020 roku (z 20 marca 2020 roku), jednocześnie dowodząc, że był on wiążący w dacie składania ofert, czyli 31 marca 2020 roku. Odwołujący nie przedstawił jednoznacznego, przesądzającego materiału dowodowego, że w dacie składania ofert oferowany procesor nie spełniał wymaganych parametrów wydajnościowych.

Konkludując, ponownie podkreślić należy, iż biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, dopuścić należało wykazanie spełniania wymagań w dniu składania ofert przez obie wersje testów zamieszczone na stronie PassMark, przy czym wyniki jednej wersji mają charakter aktywny (zmienny), natomiast wyniki drugiej wersji określone zostały jako stałe (niezmiennie). Dla potwierdzenia spełnienia wymagań w ocenie Izby wystarczającym było, by w jednej z tych wersji procesor spełniał wymagania wydajnościowe w momencie czasowym oznaczonym jako złożenie ofert.

Dokonując analizy czynności podjętych przez Zamawiającego po uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 841/20, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający słusznie zastosował po uwzględnieniu odwołania treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, by właśnie powstałe wątpliwości wyjaśnić, poznać oficjalne stanowisko każdego z wykonawców. Działanie takie

nie stoi w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania. Choć niewątpliwie Zamawiający związany jest żądaniami odwołania, które uwzględnia, to w celu wykonania tych żądań może korzystać z procedur i przepisów Pzp wykonanie tych żądań poprzedzających, zwłaszcza że za zasadę o charakterze nadrzędnym należy uznać prowadzenie postępowania w zgodzie z obowiązującymi regulacjami prawa. Wykonawca składając ponowne odwołanie musi wykazać, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z ustawą Pzp, a zatem, że narusza obowiązujące przepisy. Konieczne jest zatem wykazanie zasadności żądań odwołania, a nie jedynie wskazywanie na postąpienie sprzecznie z uznanymi zarzutami (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 września 2018 r., sygn. akt KIO 1729/18).

Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może bowiem prowadzić do wykonania czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Jednocześnie Izba zauważa, że orzecznictwem, że przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale daje podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie (tak wyrok KIO z 11 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13): *„Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawarty w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp.”*

Oznacza to, że w sytuacji uwzględnienia odwołania czynności Zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności Zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach

kolejnego postępowania odwoławczego, co miało miejsce w ramach obecnego postępowania KIO 1410/20. Niewypełnienie tego obowiązku wprost przez Zamawiającego ma jedynie ten skutek, iż wykonawca – Odwołujący może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności, powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów, a Izba w nowym postępowaniu odwoławczym oceni merytoryczną zasadność zarzutów takiego odwołania, samo zaś odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu. W ten sposób interes Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu odwoławczym został zabezpieczony.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....