

WYROK
z dnia 1 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Robert Skrzyszewski Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 listopada 2017 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralne Biuro Antykorupcyjne, ul. Aleje Ujazdowskie 9, 00-589 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MDP Polska Sp. z o.o. Sp. K., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice** 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 2017 poz. 1579 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa stacji roboczych analitycznych wysokowydajnych” sprawa nr 27/>PU/2017/MT, prowadzonym przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, ul. Aleje Ujazdowskie 9, 00-589 Warszawa (dalej „zamawiający”) [ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 września 2017 roku pod numerem 2017/S 171-350106] wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty MDP Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Migdałowej 4,02-796 Warszawa (dalej „MDP”) jako najkorzystniejszej;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty MDP;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty CT ALFA Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Sikorskiego 9, 66-200 Świebodzin (dalej „CT ALFA”);
4. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty MDP pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MDP pomimo tego, że zaoferowany przez niego 1 dniowy termin realizacji zamówienia jest niezgodny z postanowieniami SIWZ oraz miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty CT ALFA pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty MDP jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty MDP jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania odrzucenia ofert MDP oraz CT ALFA;
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i zaniechania odrzucenia oferty MDP pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą wypełnionego opisu przedmiotu zamówienia, oferowanego przez wykonawcę sprzętu z podaniem konkretnych wartości parametrów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ. Ponadto wskazał, że wykonawca MDP w złożonej ofercie zaoferował zamawiającemu wysokowydajną stację obliczeniowo-graficzną do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych marki Dell model Précision Tower 7810. Jednocześnie, w wypełnionym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SiWZ - poz. 2) wykonawca MDP oświadczył, że stacja Dell Précision Tower 7810 oferowana jest z procesorem Intel Xeon E5-2640 v4. W pozycji 4 Załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca MDP wskazał zaś, że oferuje pamięć RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC.

Podnosi, że zaoferowana przez wykonawcę MDP stacja Dell Précision Tower 7810 nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) zarówno w zakresie poz. 2 - Procesory, jak i poz. 4- Pamięć RAM. Odnosząc się do podnosi, że oferowany procesor Intel Xeon E5-2640 v4 obsługuje następujące pamięci DDR4: 1600/1866/2133 MHz, a okoliczność ta wynika wprost ze specyfikacji technicznej procesora zamieszczone na stronie producenta Intel - <https://ark.intel.com/pl/products/92984/Intel-Xeon-Processor-E5-2640-v4-25M-Cache-2-40-GHz>. Twierdzi, że z powyższego wynika, że zaoferowany procesor nie jest w stanie obsłużyć wymaganej w poz. 4 OPZ pamięci RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC, na poziomie wymaganym przez zamawiającego tj. w zakresie częstotliwości 2400 MHz. Zaoferowany procesor nie spełnia zatem powołanych wyżej

wymagań Załącznika Nr 1 do SIWZ. Następnie, odnosząc się do kwestii pamięci RAM, podnosi, że zaoferowanie urządzenia wyposażonego w procesor Intel Xeon E5-2640v4 powoduje skutek w postaci obniżenia wydajności stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych. W konsekwencji oferowany komputer, jakim jest wysokowydajna stacja obliczeniowo-graficzna do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych, będzie pracował poniżej parametru zadeklarowanego w ofercie wykonawcy oraz wymaganego w OPZ (tj. poniżej 2400 MHz - pamięć RAM), co według niego jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego określonymi w treści SIWZ.

Zwraca szczególną uwagę na korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami w toku badania złożonych ofert, w przypadku wykonawcy MDP (pismo z dnia 30 października 2017 r. znak: CBA/F-WZP/2352/2017 skierowane przez zamawiającego do wykonawcy MDP oraz odpowiedzi tegoż wykonawcy z dnia 31 października 2017 roku) gdzie podkreśla, że udzielone przez MDP wyjaśnienie dowodzi wprost nie spełnienia wymagań określonych w OPZ. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że prezentowane w piśmie MDP z dnia 31 października 2017 r. pozostałe wywody nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełniania wymagań OPZ przez oferowaną stację Dell Precision Tower 7810. Bezspornym bowiem pozostaje według niego, że oferowany procesor Intel Xeon E5-2640 v4 może co do zasady współpracować z oferowaną pamięcią RAM, jednak nie będzie on pracował w częstotliwości wymaganej przez zamawiającego w poz. 4 OPZ - DDR4 2400 MHz.

W konkluzji omawianego zarzutu podkreśla, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest zakup pojedynczych podzespołów komputera, lecz zakup wysokowydajnej stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych, która łącznie musi spełniać wszystkie określone w OPZ parametry i wymagania. Twierdzi, że w prowadzonym postępowaniu wykonawca MDP dokonał błędnego doboru podzespołu komputera, zaoferował bowiem procesor, który spowoduje obniżenie wydajności oferowanej stacji obliczeniowo-graficznej, a oferowana stacja będzie w efekcie pracować poniżej minimalnego parametru żądanego w poz. 4 OPZ - poniżej 2400 MHz.

Powołuje się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygnatury akt.: KIO 1464/17, KIO 1469/17, KIO 1477/17, KIO 1487/17, KIO 1491/17, w którym to Izba stwierdziła m. in.: *„Odwołujący podniósł, że wykonawca S. zaoferował dla spełnienia wymagania - wydajna stacja graficzna - pamięć RAM o częstotliwości 2400 MHz. Jednocześnie zaoferował procesor 6 generacji, który nie obsługuje pamięci 2400 MHz (max 2133 MHz). Sam procesor spełnia warunki minimalne, ale jego zastosowanie wywoła skutek w postaci obniżenia wydajności stacji graficznej. W konsekwencji komponent komputera jakim jest stacja graficzna będzie pracował poniżej parametru opisywanego w ofercie wykonawcy, co jest sprzeczne z wymaganiami s.i. w.z. Na dowód możliwości odpowiedniej*

konfiguracji sprzętu, odwołujący złożył wydruki ze strony internetowej producenta HP oraz producenta procesora Intel, jednakże w ocenie Izby dowody te potwierdzają jedynie okoliczność dokonania możliwości innej konfiguracji sprzętu, niż ta, której dokonał wykonawca S.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest niezasadny, albowiem zamawiający w Specyfikacji Technicznej wymagał zaoferowania pamięci operacyjnej o parametrach minimalnych: 8 GB RAM DDR4 2133 MHz, zatem zaoferowany przez S. sprzęt; warunek ten spełnia. Nawet jeżeli zaoferowana pamięć nie osiągnie maksymalnej częstotliwości przy zastosowaniu zaoferowanego procesora, to minimalny warunek s.i.w.z. został spełniony, a tylko w tym zakresie możliwe jest badanie zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)."

Zwraca przy tym uwagę, że Izba uznała podniesiony zarzut za niezasadny tylko i wyłącznie z tego względu, że zamawiający wymagał w postanowieniach SIWZ zaoferowania pamięci operacyjnej o parametrach minimalnych: 8 GB RAM DDR4 2133 MHz, uznając, że sprzęt wykonawcy S. spełnia tak określone minimalne wymaganie SIWZ. Tymczasem w niniejszym postępowaniu mamy odmienny stan faktyczny - w poz. 4 OPZ Zamawiający wymagał pamięci RAM wskazując minimalny parametr „64GB DDR4-2400 RDIMM ECC”. Zdaniem odwołującego, stosując *argumentum a contrario* należy uznać, że przywołane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza zasadność rozumowania i zarzutu sformułowanego przez odwołującego w obecnym odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i zaniechania odrzucenia oferty MDP poprzez zaoferowanie przez wykonawcę MDP 1-dniowego terminu realizacji zamówienia co jest niezgodne z postanowieniami SIWZ oraz miało na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział trzy kryteria oceny ofert:

- a) Cena oferty (C) o wadze 60%;
- b) Okres gwarancji (G) o wadze 30%;
- c) Termin dostawy (T) o wadze 10%.

Dodatkowo wskazuje na postanowienia wynikające z: § 4 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (dotyczącego terminu i warunków dostawy sprzętu), treści załącznika nr 2 do projektu umowy (dotyczącego odbioru jakościowego, odbioru ilościowego oraz odbioru przedmiotu umowy).

Mając na uwadze przywołane wyżej postanowienia SIWZ podnosi, iż zrealizowanie niniejszego zamówienia w terminie 1 dnia nie jest możliwe, choćby ze względu na konieczność dochowania obowiązku 24-godzinnego wyprzedzenia w zakresie powiadomienia o przygotowaniu przedmiotu umowy do odbioru jakościowego oraz 2-dniowego wyprzedzenia w zakresie powiadomienia o przygotowaniu przedmiotu umowy do odbiorów ilościowych. Wywodzi, że wykonawca MDP składając w ofercie oświadczenie, że zrealizuje zamówienie w terminie 1 dnia kalendarzowego popadł w sprzeczność z cytowanymi powyżej postanowieniami SIWZ, zatem oferta MDP jako nieodpowiadająca treści SIWZ winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego podnosi, że termin realizacji zadeklarowany przez MDP w Formularzu Ofertowym z oczywistych względów jest niemożliwy do dotrzymania a jego zaoferowanie miało na celu wyłącznie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Twierdzi, że termin dostawy zaoferowany przez wykonawcę MDP w żaden sposób nie pozwala na wykonanie wszystkich czynności wchodzących w zakres dostawy, w tym czynności określonych w projekcie umowy wraz z załącznikami stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ. Według niego o jego nierealności świadczy również to, że żaden inny wykonawca nie zaoferował terminu choćby zbliżonego do terminu zadeklarowanego przez wykonawcę MDP. Odwołujący zaoferował bowiem termin dostawy wynoszący 5 dni, a wykonawca CT ALFA termin dostawy aż 30-krotnie dłuższy od terminu oferowanego przez MDP. Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie termin dostawy na poziomie 5 dni kalendarzowych to termin minimalny biorąc pod uwagę zakres obowiązków wykonawcy, a jego dotrzymanie będzie wymagało pełnej mobilizacji i maksymalnego zaangażowania po stronie wykonawcy. Natomiast termin jednodniowy jest terminem oderwanym od rzeczywistości, niemożliwym do dotrzymania i zaoferowanym wyłącznie po to, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium „*termin dostawy*” i w rezultacie uzyskać zamówienie. Ponadto argumentuje, że powyższe dobrze widać jeżeli przeanalizuje się punktację ofert zawartą w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 listopada 2017 r. - mianowicie wykonawca MDP w kryterium „*termin dostawy*” otrzymał maksymalną ocenę 10 pkt, natomiast drugi najwyżej oceniony w tym kryterium wykonawca (CT ALFA) otrzymał zaledwie 0,33 pkt.

Stoi na stanowisku, że wykonawca MDP świadomie nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich okoliczności wynikających z SIWZ, w tym świadomie nie wziął pod uwagę czasu związanego z czynnościami składającymi się na dostawę sprzętu, co spowodowało

zaoferowanie terminu nierealnego, oczywiście niemożliwego do dotrzymania i służącego wyłącznie uzyskaniu nieuprawnionej przewagi nad innymi wykonawcami w punktacji ofert.

W związku z zarzutem popełnienia przez wykonawcę MDP czynu nieuczciwej konkurencji przytacza treść art. 3 oraz art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej „ustawa znk”) oraz powołuję się na wyrok Izby z dnia 5 września 2013 sygn. akt KIO 2067/13 twierdząc, że w jego ocenie działanie wykonawcy MDP polegające na zaoferowaniu 1 dniowego terminu dostawy nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Działanie tego wykonawcy było nakierowane wyłącznie na zawyżenie punktacji w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert. W jego ocenie wykonawca MDP już w momencie składania oferty miał lub mógł mieć świadomość, że zaoferowany przez niego termin dostawy jest niemożliwy do zachowania, a jego zaoferowanie miało na celu jedynie utrudnić konkurentom dostęp do zamówienia. W związku z tym według niego takie działanie nie mieści się w pojęciu konkurencyjności i wychodzi poza granice normalnej gry rynkowej, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Wskazuje też, że wymóg taki został sformułowany już w treści SIWZ (poz. 4 OPZ) i został potwierdzony w treści pytania zamawiającego z dnia 31 października 2017 r., tymczasem wykonawca CT ALFA skrzętnie go pomija.

W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i zaniechania odrzucenia oferty CT ALFA pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ to w zakresie zarzutu dotyczącego pozycji 2 OPZ tj. procesora oraz pozycji 4 OPZ tj. pamięci RAM podnosi tożsamą argumentację jak w przypadku zarzutu nr 1 tj. dotyczącego oferty wykonawcy MDP.

Podobnie także jak w przypadku oferty wykonawcy MDP zwraca uwagę na korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami w toku badania złożonych ofert, w przypadku wykonawcy CT ALFA (pismo z dnia 30 października 2017 r. znak CBA/F-WZP/2353/2017 skierowane przez zamawiającego do tego wykonawcy oraz jego odpowiedzi z dnia 31 października 2017 roku) gdzie podkreśla, że udzielone przez wykonawcę CT ALFA wyjaśnienie nie może dowodzić spełnienia wymagań określonych w OPZ. Przyznaje, że poza sporem jest, że procesor Intel Xeon E5-2640 v4 może współpracować z oferowaną pamięcią RAM, jednak nie będzie on pracował w częstotliwości wymaganej przez zamawiającego w poz. 4 OPZ - DDR4 2400 MHz. Ponadto ponownie przypomina, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest zakup pojedynczych podzespołów komputera, lecz zakup wysokowydajnej stacji obliczeniowo- graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych, która łącznie musi spełniać wszystkie określone w OPZ parametry i wymagania. Tymczasem wykonawca CT ALFA zaoferował stację Lenovo Thinkstation P710 z procesorem, który spowoduje obniżenie

wydajności tej stacji, a oferowana stacja będzie w efekcie pracować poniżej minimalnego parametru żądanego w poz. 4 OPZ - poniżej 2400 MHz.

Podnosi również, że mając na uwadze konieczność spełnienia wszystkich wymagań OPZ, w swojej ofercie przetargowej zaoferował wysokowydajną stację w konfiguracji z innym procesorem - Intel Xeon E5-2650 v4. Procesor ten, pomimo wyższej ceny od ceny procesora oferowanego przez pozostałych dwóch wykonawców, został uwzględniony w konfiguracji oferowanej przez odwołującego stacji właśnie z tego względu, że obsługuje pamięć RAM DDR4 w zakresie częstotliwości 1600/1866/2133/2400, zatem pozwala na spełnienie wymagań zamawiającego opisanych w OPZ.

Niezależnie od powyższego formułuje kolejny zarzut niezgodności oferty CT ALFA z treścią SIWZ. Mianowicie, zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą wypełnionego opisu przedmiotu zamówienia, oferowanego przez wykonawcę sprzętu z podaniem konkretnych wartości parametrów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ.

Wskazuje, że wykonawca CT ALFA w złożonej ofercie zamieścił wypełniony Załącznik nr 1 do SIWZ, jednak w pozycji 4, w ostatniej kolumnie nie wskazał, że oferuje zamawiającemu stację Lenovo Thinkstation P710 wyposażoną w dwa procesory, zaś w pozycji 14, w ostatniej kolumnie, nie potwierdził, że oferuje zamawiającemu dwie sztuki monitorów. W związku z tym wywodzi, że wykonawca CT ALFA nie wywiązał się z wymagań określonych w SIWZ i nie zamieścił opisu oferowanych parametrów dla poz. 4 i 14 OPZ, w szczególności w zakresie ilości oferowanych procesorów i monitorów. Jednocześnie wskazać należy, że żądane przez zamawiającego opisy oferowanych parametrów zostały zamieszczone zarówno przez odwołującego, jak i wykonawcę MDP.

Dodaje, że także ta kwestia była przedmiotem wyjaśnień pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą CT ALFA. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 30 października 2017 r. znak CBA/F-WZP/2353/2017, wykonawca CT ALFA pismem datowanym na 31 października 2017 r. wyjaśnił, że złożona oferta obejmuje stację roboczą wyposażoną w dwa procesory oraz dwa monitory. W związku z tym podnosi, że udzielone przez wykonawcę CT ALFA wyjaśnienia stanowią niedopuszczalną modyfikację treści złożonej oferty, a jednocześnie niedozwolone prowadzenie negocjacji dotyczącej złożonej oferty, co stanowi rażące naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem formułuje dodatkowo zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z żądaniem odrzucenia oferty CT ALFA na wskazanej podstawie prawnej. Podkreśla przy tym, że opisaną wyżej niezgodność oferty CT ALFA z wymaganiami SIWZ dostrzegł sam zamawiający, bowiem w wezwaniu z dnia 30 października 2017 r. znak CBA/F-WZP/2353/2017 stwierdził wprost, że wykonawca w swojej ofercie nie wskazał ww. parametrów (parametrów dot. procesora i monitora - przyp.

odwołującego). Zatem już z treści złożonej przez CT ALFA oferty wynika jej niezgodność z wymaganiami SIWZ, a zastosowana przez zamawiającego procedura z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niezgodność tę tylko podkreśliła, dodatkowo wywołując konsekwencję w postaci niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty.

W zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty MDP jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej stwierdza, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionych i opisanych zarzutów odwołania oraz czynności dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia ofert MDP oraz CT ALFA, czynność wyboru oferty MDP będzie uznana za naruszającą przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający zobowiązany będzie do ponownego badania złożonych ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 22 listopada 2017 roku (znak: CBA/F-WZP/2616/2017), w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami, pytań do treści SIWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami, oferty wykonawcy MDP (formularza ofertowego wraz z załącznikami w tym dokument JEDZ), oferty wykonawcy CT ALFA (formularza ofertowego wraz z załącznikami w tym JEDZ), wezwań kierowanych przez zamawiającego do wykonawców MDP i CT ALFA z dnia 30 października 2017 roku (znak: CBA/F-WZP/2352/2017 oraz CBA/F-WZP/2353/2017), odpowiedzi na te wezwania (z dnia 31 października 2017 roku, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 2 listopada 2017 roku – w przypadku wykonawcy MDP oraz 31 października w przypadku oferty CT ALFA), wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy MDP na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 7 listopada 2017, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 listopada 2017 roku (pismo znak: CBA/F-WZP/2495/2017), złożonych przez odwołującego na rozprawie: oświadczenia z dnia 27 listopada 2017 roku podpisanego przez konsultanta technicznego złożonego w imieniu HP Inc Polska Sp. z o.o. wraz z pełnomocnictwem z którego wynika uprawnienie do podpisywania oświadczeń produktowych przez konsultanta, korespondencji elektronicznej w języku angielskim z dnia 27 listopada 2017 roku pomiędzy pracownikiem firmy HP Inc Polska a pracownikiem firmy Intel wraz z tłumaczeniem na język polski, korespondencji elektronicznej z dnia 27 listopada 2017 roku pomiędzy Prezesem Zarządu odwołującego a przedstawicielem firmy COCON Systemy Komputerowe wraz z wydrukiem ze strony internetowej Dell, z którego wynika,

że firma COCON Systemy Komputerowe jest partnerem firmy Dell, wydruku w języku angielskim z instrukcji użytkownika stacji oferowanej przez wykonawcę MDP wraz z tłumaczeniem na język polski, zestawienia w formie tabelarycznej porównania produktów firmy Intel, tj. procesora zaoferowanego przez odwołującego z procesorem tejże samej firmy zaoferowanego przez wykonawcę MDP, złożonych przez zamawiającego na rozprawie: wydruków korespondencji elektronicznej przeprowadzonej w dniach 11-13 lipca 2017 roku z trzema producentami sprzętu komputerowego stanowiącej zapytania o informację na potrzeby przedmiotowego zamówienia, złożonych na rozprawie przez wykonawcę MDP, tj. przystępującego: oświadczenia z dnia 27 listopada 2017 roku firmy Dell Sp. z o.o. podpisanego przez osoby wskazane w oświadczeniu jako prokurenci, wydruku ze strony internetowej producenta procesorów Intel z dnia 28 listopada 2017 roku, protokołu odbioru usługi/dostawy sprzętu dostarczonego przez wykonawcę MDP dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi, protokołu odbioru końcowego nr 1/2017 z dnia 30 października 2017 roku potwierdzającego dostarczenie sprzętu komputerowego przez wykonawcę MDP dla Izby Administracji Skarbowej w Łodzi w ilości sztuk 383, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z zamieszczonym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej streszczeniem oceny i porównania ofert, oferta odwołującego uplasowała się w rankingu na trzeciej pozycji, za ofertami MDP oraz CT ALFA. Bezpodstawne zaniechanie odrzucenie ofert wykonawcy MDP oraz wykonawcy CT ALFA oznacza, że stwierdzenie w tym zakresie naruszeń przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia, podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty MDP pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył wypełniony opis przedmiotu zamówienia (w dalszym ciągu „OPZ”), oferowanego sprzętu z podaniem konkretnych wartości parametrów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ.

W treści Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający żądał, aby zaoferowana wysokowydajna stacja obliczeniowo-graficzna do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych w ilości 60 szt. spełniała następujące wymagania w poz. 2 dotyczącej procesora i pozycji 4 dotyczącej pamięci RAM:

2.	Procesory	<ul style="list-style-type: none"> • Architektura desktopowa • Liczba procesorów: 2 • Liczba rdzeni: 2 x10 • Wspieranie wirtualizacji <p>Min 15300 w punktacji PassMark https://www.cpubenchmark.net/high_end_cpus.html dla pojedynczego procesora)</p>	Producent
			Model
			Typ
4.	Pamięć RAM	• 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC	

Przystępujący, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zaoferował zamawiającemu wysokowydajną stację obliczeniowo-graficzną do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych marki Dell model Précision Tower 7810. Jednocześnie, w wypełnionym OPZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - poz. 2) oświadczył, że stacja Dell Précision Tower 7810 oferowana jest z procesorem Intel Xeon E5-2640 v4, natomiast w pozycji 4 Załącznika nr 1 do SIWZ wskazał zaś, że oferuje pamięć RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC.

Zgodnie z ustaleniami Izby istota sporu w związku z tym zarzutem sprowadza się do interpretacji postanowień OPZ w zakresie parametrów technicznych zaproponowanego procesora z oferowaną pamięcią RAM. Odwołujący wywodzi, że zaoferowany procesor nie jest w stanie obsłużyć wymaganej w poz. 4 OPZ pamięci RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC, na poziomie wymaganym przez zamawiającego, tj. w zakresie częstotliwości 2400 MHz. Natomiast zamawiający twierdzi, że od samego początku prac nad przygotowaniem specyfikacji technicznej dotyczącej wymaganego sprzętu okoliczność braku pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz była jego świadomym

działaniem, tak aby nie ograniczać konkurencji. Na potwierdzenie tego faktu zamawiający na rozprawie wskazał, że procedura przetargowa została poprzedzona zapytaniem o informacje skierowane do trzech producentów sprzętu (HP, Lenovo i Dell), w którym został przekazany zarys późniejszego OPZ. Parametry dotyczące procesora oraz pamięci RAM były tożsame z tymi, które ostatecznie pojawiły się w OPZ. Z tymże w projekcie przekazanym producentom na potrzeby tego zapytania o informacje w poz. 2 dotyczącej procesorów jako przykład został wskazany procesor Intel® Xeon® Processor E5-2640 v4 (10C, 2.4GHZ, 3.4GHz Turbo, 2133MHz, 25 MB, 90W). Ponadto zamawiający oświadczył dodatkowo na rozprawie, że w odpowiedzi na zapytania żaden z producentów nie kwestionował tych parametrów, w zakresie procesorów i pamięci RAM oraz wskazał taką konfigurację jaka została ostatecznie zaoferowana przez przystępującego i drugiego oferenta CT Alfa. Natomiast zamawiający w ostatecznej treści OPZ nie podał tego przykładowego modelu procesora ponieważ byłoby to niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z twierdzeniem zamawiającego wysłanie tych zapytań oprócz ustalenia wartości szacunkowej oraz kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, miało na celu przygotowanie docelowo takiej dokumentacji, która nie będzie ograniczała zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron. Na potwierdzenie swojego stanowiska przekazał wydruki korespondencji elektronicznej z ww. producentami.

Te założenia zamawiającego w ocenie Izby znalazły także potwierdzenie w jego późniejszych czynnościach podjętych już na etapie trwania procedury przetargowej, a szczególnie przy wezwaniu przystępującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W niniejszym wezwaniu zamawiający wskazał „Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania pamięci RAM o minimalnych parametrach 64GB DDR4-24G0 RDIMM ECC. Państwo w swojej ofercie zaoferowali pamięć RAM o powyższych parametrach. Ponadto został zaoferowany przez Państwa procesor Intel Xeon E5-2640v4, który zgodnie z informacjami ogólnodostępnymi obsługuje następujące rodzaje pamięci DDR4 1600/1866/2133. W związku z powyższym proszę o udzielenie informacji czy zaoferowany procesor będzie obsługiwać pamięć o wymaganej częstotliwości 2400MHz?” W odpowiedzi na tak postawione pytanie przystępujący odpowiedział, iż oferowany „procesor E5-2640v4 współpracuje z wymaganą i oferowaną pamięcią DDR4 2400Mhz, zgodnie z wewnętrzną magistralą procesora, tj. w częstotliwości 2133MHz”. Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia, co przełożyło się na to, iż oferta przystępującego nie została odrzucona. Tożsama kwestia, także dotycząca funkcjonalności procesora w zakresie pamięci RAM, dotyczy też oferty wykonawcy CT ALFA, wobec czego zasadnym jest wniosek, że nie tylko przystępujący w ten sposób interpretował wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Przy tym Izba uznała argumentację zamawiającego, aby treść zadanych pytań, które zostały wysłane do przystępującego oraz wykonawcy CT ALFA interpretować literalnie. W związku z tym należy przychylić się do stanowiska zamawiającego, że w tychże pytaniach położono nacisk wyłącznie na to aby, uzyskać potwierdzenie czy procesor będzie obsługiwać wymaganą pamięć, a nie w pełni z nią współpracować (w pełni ją wykorzystywać).

Dodatkowo w ocenie Izby stanowisko odwołującego świadczące o tym, że zaoferowanie urządzenia wyposażonego w procesor Intel Xeon E5-2640 v4 powoduje skutek w postaci obniżenia wydajności stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych należy uznać za chybiony. W tym zakresie Izba przyjęła wyjaśnienie przystępującego podane na rozprawie, który wskazał, że zamawiający określił tylko dwa parametry wydajności odnoszące się do karty graficznej oraz procesora oraz żądał wykazania określonej wymaganej wydajności wynikami testów. Przystępujący takie wyniki złożył i spełniają one wymagania zamawiającego. Oczywistym jest to, że wydajność sprzętu zaproponowana przez odwołującego jest większa od tej wskazanej przez przystępującego czy wykonawcę CT ALFA, ale nie zmienia to faktu, że sprzęt zaproponowany przez tych wykonawców spełnia minimalne założenia co wydajności określone przez zamawiającego.

Tym samym Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest zakup pojedynczych podzespołów komputera, lecz zakup wysokowydajnej stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych, która łącznie musi spełniać wszystkie określone w OPZ parametry i wymagania, jakkolwiek brak jednoznacznych wymagań ustalonych przez zamawiającego co do wzajemnej zależności poszczególnych elementów powinien odnosić się do tych najbardziej mierzalnych wskaźników dotyczących wydajności podanych w dokumentacji, które w tym przypadku dotyczyły procesora i karty graficznej co miało być potwierdzone wynikami testów w tym wypadku w punktacji PassMark. Jednakowoż intencją zamawiającego, która także została wyartykułowana na rozprawie jest możliwość ingerowania w sprzęt, co przewidział poprzez zapewnienie sobie możliwości rozwoju dostarczonego sprzętu poprzez zapisy wynikające z projektu umowy.

Z przebiegu przedmiotowego postępowania można wysnuć wniosek, że zamawiający w zakresie dotyczącym niniejszego zarzutu określił swoje intencje w sposób niewystarczający. Próżno szukać w dokumentacji przetargowej jednoznacznego założenia wyartykułowanego przez zamawiającego na rozprawie, iż zakładał on brak pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz. Skutkowało to tym, że oferty wykonawców składających oferty różniły się w przyjętych założeniach dotyczących parametrów procesora i pamięcią RAM. W takiej sytuacji na tym etapie postępowania jedyną możliwością interpretacji postanowień SIWZ jest próba ich wykładni w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie i doktrynie

wpracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy, z czym należy się zgodzić, gdyż wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nową interpretacją postanowień SIWZ dopiero na etapie oceny ofert.

Przedstawione zarówno przez odwołującego jak i przystępującego dowody dotyczące zależności parametrów współpracy procesora z pamięcią RAM Izba potraktowała jako niewiele wnoszące do sprawy, a wynikające jedynie z przyjętych założeń w zakresie rozumienia zależności tych parametrów, co wynika z niedookreślenia założeń zamawiającego w tym zakresie.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, iż od samego początku prac nad ustaleniem wymagań technicznych co do zamawianego sprzętu świadomie zakładał brak pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz i tego założenia konsekwentnie trzymał się przez cały czas trwania procedury przetargowej, co znajduje swoje potwierdzenie w podejmowanych przez niego czynnościach i determinowane było przede wszystkim jak najszerzym otwarciem się na rynek i uczynieniu zadość zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania stron, które leżą u podstaw systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej. W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy oddalić.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MDP pomimo tego, że zaoferowany przez niego 1 dniowy termin realizacji zamówienia jest niezgodny z postanowieniami SIWZ oraz miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zgodnie z punktem XIV SIWZ zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział trzy kryteria oceny ofert:

- a) Cena oferty (C) o wadze 60%;
- b) Okres gwarancji (G) o wadze 30%;
- c) Termin dostawy (T) o wadze 10%.

Odwołujący zarzut niezgodności z postanowieniami SIWZ zaoferowanego przez przystępującego 1-dniowego terminu realizacji zamówienia wywodzi z postanowień § 4 załącznika nr 3 do SIWZ, tj. projektu umowy oraz załącznika nr 2 do projektu umowy. § 4 załącznika nr 3 do SIWZ dotyczy terminów i warunków dostawy sprzętu i stanowi, że:

1. Przedmiot umowy podlegać będzie odbiorowi. Szczegółowe zasady odbioru Przedmiotu umowy zawiera Załącznik nr 2 do umowy.

- 2..... Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia Sprzętu w terminie do dnia2017 roku, przy czym za termin dostarczenia Sprzętu przyjmuje się datę podpisania bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego Protokołu Odbioru Przedmiotu umowy, którego wzór zawiera Załącznik nr 7 do umowy.
3. Zamawiający nie dopuszcza dostaw częściowych Sprzętu.
4. Wszystkie czynności związane z odbiorami muszą zakończyć się w terminie wskazanym w ust 2. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za ewentualne uszkodzenia Sprzętu do czasu jego odbioru przez Zamawiającego na zasadach określonych w Załączniku nr 2 do umowy.
5. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia własnym transportem, na własną odpowiedzialność Sprzęt do siedziby Zamawiającego w Warszawie.
6. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia dostarczonego Sprzętu do wskazanego przez Zamawiającego pomieszczenia lub miejsca.
7. Wykonawca wraz ze Sprzętem dostarczy szczegółową specyfikację techniczną do każdego modelu dostarczonego sprzętu.

Natomiast, w treści załącznika nr 2 do projektu umowy określono m.in. następujące zasady odbioru podstawowego przedmiotu umowy:

I. Odbiór jakościowy

2. O przygotowaniu Przedmiotu umowy do odbioru jakościowego Wykonawca powiadomi Zamawiającego faksem na numer z co najmniej 24 godzinnym wyprzedzeniem, podając:

- numer umowy,
- planowaną datę dostarczenia produktu do odbioru jakościowego,
- numery seryjne Sprzętu dostarczonego w ramach Umowy.

II. Odbiór ilościowy:

2. O przygotowaniu Przedmiotu umowy do odbiorów ilościowych, Wykonawca powiadomi CBA

przesyłając pisemną informację faksem na numer, z co najmniej 2 – dniowym (dni robocze) wyprzedzeniem, podając:

- Numer Umowy,
- planowaną datę dostarczenia Sprzętu do odbioru ilościowego,
- wykaz numerów seryjnych dostarczanego w ramach Przedmiotu umowy Sprzętu.

III. Odbiór Przedmiotu umowy

1. Na podstawie podpisanego bez zastrzeżeń Protokołu odbioru ilościowego oraz Protokołu odbioru jakościowego zostanie podpisany przez upoważnionego Przedstawiciela Zamawiającego oraz Przedstawiciela Wykonawcy Protokół odbioru Przedmiotu umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 7 do umowy.

2. Wszystkie czynności związane z odbiorami muszą zakończyć się w terminie wykonania umowa w§4 ust2 umowy.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, iż 1-dniowy termin realizacji zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska przystępującego i uznała, że decydujące znaczenie w kontekście tego zarzutu mają postanowienia § 12 ust. 9 projektu umowy. Przepis ten stanowi, że w przypadku zaistnienia jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy postanowieniami zawartymi w załącznikach a warunkami ustalonymi w umowie, wiążące są postanowienia umowy. Z tego postanowienia w ocenie Izby należy wyciągnąć wniosek, iż terminy wynikające z załączników mają charakter drugorzędny, co do tych wskazanych w umowie. Odwołujący w zasadzie nie odniósł się merytorycznie do tego argumentu, ograniczając się do stwierdzenia, że nie widzi możliwości zastosowania § 12 ust. 9 projektu umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Warto także dodać, że kwestia możliwości zaoferowania 1-dniowego terminu dostawy tylko po to, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w tym kryterium była podnoszona przez jednego z wykonawców na etapie po ogłoszeniu zamówienia i została oznaczona przez zamawiającego jako pytanie nr 7. Zamawiający w dniu 4 października 2017 roku opublikował odpowiedź na to pytanie, w której ograniczył się do krótkiej deklaracji, że podtrzymuje postanowienia SIWZ w tym zakresie. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że co najmniej od tamtej chwili znane było stanowisko zamawiającego w tej kwestii i w przypadku pojawienia się obaw co do realności wykonania dostawy w terminie jednego dnia czy też ryzyka spełnienia przez to znamion czynu nieuczciwej konkurencji, jako czynność zamawiającego mogła podlegać odwołaniu w trybie przewidzianym w ustawie Pzp. Ponadto zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił, że oświadczenie przystępującego o dokonaniu dostawy w terminie 1 dnia nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy znk. W ocenie Izby zaoferowanie terminu realizacji zamówienia nawet znacząco krótszego od tych wskazanych przez konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie tak krótkiego terminu realizacji zamówienia nie świadczy wprost o celu, jakim jest eliminowanie innych wykonawców z rynku. Izba przyjęła też wyjaśnienia przystępującego podniesione na rozprawie, iż akurat w tym przypadku jest w stanie sprawnie przeprowadzić odbiór jakościowy urządzenia, ponieważ dostawa dotyczy jednego urządzenia, a w tym czasie jest w stanie dokonać wniesienia wszystkich zamawianych sztuk i dzięki temu sprawnie przeprowadzić odbiór ilościowy. Przystępujący oświadczył ponadto, że dostarczony sprzęt zostanie wysłany do zamawiającego z jednej potencjalnej lokalizacji, bezpośrednio z fabryki, która ma siedzibę w Łodzi lub z magazynu spedycyjnego z siedzibą w Piasecznie, co w korelacji z docelowym miejscem dostarczenia towaru, tj. na ul. Poleczki w Warszawie uprawdopodobnia możliwość wykonania dostawy nawet w tak krótkim czasie.

Na marginesie należy dodać, że przystępujący poprzez dowody złożone na rozprawie, tj. protokoły odbioru z których wynika fakt dokonania dostaw sprzętu komputerowego w terminie 1 dnia uprawdopodobnił, że zadeklarowany termin ma swoje potwierdzenie we wcześniejszych dostawach prowadzonych przez niego.

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy oddalić

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty CT ALFA pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył wypełniony OPZ oferowanego sprzętu z podaniem konkretnych wartości parametrów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ.

W treści Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający żądał, aby zaoferowana wysokowydajna stacja obliczeniowo-graficzna do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych w ilości 60 szt. spełniała następujące wymagania w poz. 2 dotyczącej procesora i pozycji 4 dotyczącej pamięci RAM:

2.	Procesory	<ul style="list-style-type: none"> • Architektura desktopowa • Liczba procesorów: 2 • Liczba rdzeni: 2 x10 • Wspieranie wirtualizacji <p>Min 15300 w punktacji PassMark https://www.cpubenchmark.net/high_end_cpus.html dla pojedynczego procesora)</p>	Producent
			Model
			Typ
4.	Pamięć RAM	• 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC	

Wykonawca CT ALFA w złożonej ofercie zaoferował zamawiającemu wysoko wydajną stację obliczeniowo-graficzną do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych marki Lenovo model Thinkstation P710. Jednocześnie, w wypełnionym OPZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - poz. 2) oświadczył, że stacja Lenovo Thinkstation P710 oferowana jest z procesorem Intel Xeon E5-2640 v4, a w pozycji 4 Załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca CT ALFA wskazał, że oferuje pamięć RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC.

Zgodnie z ustaleniami Izby, które zostały już wskazane powyżej przy zarzucie nr 1 istota sporu w związku z tym zarzutem sprowadza się do interpretacji postanowień OPZ w zakresie parametrów technicznych zaproponowanego procesora z oferowaną pamięcią RAM. Odwołujący wywodzi, że zaoferowany procesor nie jest w stanie obsłużyć wymaganej

w poz. 4 OPZ pamięci RAM 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC, na poziomie wymaganym przez zamawiającego, tj. w zakresie częstotliwości 2400 MHz. Natomiast zamawiający twierdzi, że od samego początku prac na przygotowaniu specyfikacji technicznej dotyczącej wymaganego sprzętu okoliczność braku pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz była jego świadomym działaniem, tak aby nie ograniczać konkurencji. Na potwierdzenie tego faktu zamawiający na rozprawie wskazał, że procedura przetargowa została poprzedzona zapytaniem o informacje skierowane do trzech producentów sprzętu (HP, Lenovo i Dell), w którym został przekazany zarys późniejszego OPZ. Parametry dotyczące procesora oraz pamięci RAM były tożsame z tymi, które ostatecznie pojawiły się w OPZ. Z tymże w projekcie przekazanym producentom na potrzeby tego zapytania o informacje w poz. 2 dotyczącej procesorów jako przykład został wskazany procesor Intel® Xeon® Processor E5-2640 v4 (10C, 2.4GHZ, 3.4GHz Turbo, 2133MHz, 25 MB, 90W). Ponadto zamawiający oświadczył dodatkowo na rozprawie, że w odpowiedzi na zapytania żaden z producentów nie kwestionował tych parametrów, w zakresie procesorów i pamięci RAM oraz wskazał taką konfigurację jaka została ostatecznie zaoferowana przez przystępującego i drugiego oferenta CT Alfa. Natomiast w ostatecznej treści OPZ nie podał tego przykładowego modelu procesora ponieważ byłoby to niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z twierdzeniem zamawiającego wysłanie tych zapytań oprócz ustalenia wartości szacunkowej oraz kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, miało na celu przygotowanie docelowo takiej dokumentacji, która nie będzie ograniczała zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron. Na potwierdzenie swojego stanowiska przekazał wydruki korespondencji elektronicznej z ww. producentami.

Te założenia zamawiającego w ocenie Izby znalazły także potwierdzenie w jego późniejszych czynnościach podjętych już na etapie trwania procedury przetargowej, a szczególnie przy wezwaniu wykonawcy CT ALFA o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W niniejszym wezwaniu zamawiający wskazał „Ponadto Zamawiający wymagał zaoferowania pamięci RAM o minimalnych parametrach 64GB DDR4-2400 RDIMM ECC. Państwo w swojej ofercie zaoferowali pamięć RAM o powyższych parametrach. Ponadto został zaoferowany przez Państwa procesor Intel Xeon E5-2640v4, który zgodnie z informacjami ogólnodostępnymi obsługuje następujące rodzaje pamięci DDR4 1600/1866/2133 W związku z powyższym proszę o udzielenie informacji czy zaoferowany procesor będzie obsługiwać pamięć o wymaganej częstotliwości 2400MHz?” W odpowiedzi na tak postawione pytanie wykonawca CT ALFA wskazał, iż zaoferowana „stacja została wyposażona w pamięci RAM 2x 32GB 2400MHz ECC RDIMM która w pełni współpracuje z zaoferowanymi procesorami Intel Xeon E5-2640V4- jednocześnie wskazując, iż zapis SIWZ nakazywał współpracę procesora z pamięcią DDR4 2400MHz bez wskazania, iż ma

pracować z taką przepustowością.” Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia, co przełożyło się na to, iż oferta wykonawcy CT ALFA nie została odrzucona. Tożsama kwestia także dotycząca funkcjonalności procesora w zakresie pamięci RAM, dotyczy też oferty przystępującego, wobec czego zasadnym jest wniosek, że nie tylko wykonawca CT ALFA w ten sposób interpretował wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Przy tym Izba uznała argumentację zamawiającego, aby treść zadanych pytań, które zostały wysłane do wykonawcy CT ALFA oraz przystępującego interpretować literalnie. W związku z tym należy przychylić się do stanowiska zamawiającego, że w tychże pytaniach kładziono nacisk wyłącznie na to aby, uzyskać potwierdzenie czy procesor będzie obsługiwać wymaganą pamięć, a nie w pełni z nią współpracować (w pełni ją wykorzystywać).

Dodatkowo w ocenie Izby stanowisko odwołującego świadczące o tym, że zaoferowanie urządzenia wyposażonego w procesor Intel Xeon E5-2640 v4 powoduje skutek w postaci obniżenia wydajności stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych należy uznać za chybiony. W tym zakresie Izba przyjęła wyjaśnienie przystępującego podane na rozprawie, który wskazał, że zamawiający określił tylko dwa parametry wydajności odnoszące się do karty graficznej oraz procesora oraz żądał wykazania określonej wymaganej wydajności wynikami testów. Wykonawca CT ALFA takie wyniki złożył i spełniają one wymagania zamawiającego. Oczywistym jest to, że wydajność sprzętu zaproponowana przez odwołującego jest większa od tej wskazanej przez przystępującego czy wykonawcę CT ALFA, ale nie zmienia to faktu, że sprzęt zaproponowany przez tych wykonawców spełnia minimalne założenia co do wydajności określone przez zamawiającego.

Tym samym Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest zakup pojedynczych podzespołów komputera, lecz zakup wysokowydajnej stacji obliczeniowo-graficznej do obróbki/przetwarzania dużej ilości danych masowych, która łącznie musi spełniać wszystkie określone w OPZ parametry i wymagania, jakkolwiek brak jednoznacznych wymagań ustalonych przez zamawiającego co do wzajemnej zależności poszczególnych elementów powinien odnosić się do tych najbardziej mierzalnych wskaźników dotyczących wydajności podanych w dokumentacji, które w tym przypadku dotyczyły procesora i karty graficznej co miało być potwierdzone wynikami testów w tym wypadku w punktacji PassMark. Jednakowoż intencją zamawiającego, która także została wyartykułowana na rozprawie jest możliwość ingerowania w sprzęt, co przewidział poprzez zapewnienie sobie możliwości rozwoju dostarczonego sprzętu poprzez zapisy wynikające z projektu umowy.

Z przebiegu przedmiotowego postępowania można wysnuć wniosek, że zamawiający w zakresie dotyczącym niniejszego zarzutu określił swoje intencje w sposób

niewystarczający. Próżno szukać w dokumentacji przetargowej jednoznacznego założenia wyartykułowanego przez zamawiającego na rozprawie, iż zakładał on brak pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz. Skutkowało to tym, że oferty wykonawców składających oferty różniły się w przyjętych założeniach dotyczących parametrów procesora i pamięcią RAM. W takiej sytuacji na tym etapie postępowania jedyną możliwością interpretacji postanowień SIWZ jest próba ich wykładni w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy, z czym należy się zgodzić, gdyż wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nową interpretacją postanowień SIWZ dopiero na etapie oceny ofert.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, iż od samego początku prac nad ustaleniem wymagań technicznych co do zamawianego sprzętu świadomie zakładał brak pełnego wykorzystania pamięci RAM z procesorem w częstotliwości 2400 MHz i tego założenia konsekwentnie trzymał się przez cały czas trwania procedury przetargowej, co znajduje swoje potwierdzenie w podejmowanych przez niego czynnościach i determinowane było przede wszystkim jak najszerzym otwarciem się na rynek i uczynieniu zadość zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania stron, które leżą u podstaw systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej.

Niezależnie od powyższego odwołujący sformułował kolejny zarzut niezgodności oferty CT ALFA z treścią SIWZ. Mianowicie, zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą wypełnionego OPZ, oferowanego przez wykonawcę sprzętu z podaniem konkretnych wartości parametrów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ. W treści załącznika nr 1 do SIWZ, ostatnia kolumna, zamawiający żądał zamieszczenia w ofercie opisu oferowanych parametrów. Wykonawca CT ALFA w złożonej ofercie zamieścił wypełniony załącznik nr 1 do SIWZ, jednak w pozycji 4, w ostatniej kolumnie nie wskazał, że oferuje stację Lenovo Thinkstation P710 wyposażoną w dwa procesory, zaś w pozycji 14, w ostatniej kolumnie, nie potwierdził, że oferuje dwie sztuki monitorów. Powyższe oznacza w opinii odwołującego, że wykonawca CT ALFA nie wywiązał się z wymagań określonych w SIWZ i nie zamieścił opisu oferowanych parametrów dla poz. 4 i 14 OPZ, w szczególności w zakresie ilości oferowanych procesorów i monitorów. Odwołujący dodaje, że także ta kwestia była przedmiotem wyjaśnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą CT ALFA. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 30 października 2017 r. (znak CBA/F-WZP/2353/2017), wykonawca CT ALFA pismem datowanym na dzień 31 października 2017 r. wyjaśnił, że złożona oferta obejmuje stację roboczą wyposażoną w dwa procesory oraz dwa monitory.

Odwołujący podnosi, że udzielone przez CT ALFA wyjaśnienia stanowią niedopuszczalną modyfikację treści złożonej oferty, a jednocześnie niedozwolone prowadzenie negocjacji dotyczącej złożonej oferty, co stanowi rażące naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem w tym miejscu odwołujący formułuje dodatkowo zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy, z żądaniem odrzucenia oferty CT ALFA na wskazanej podstawie prawnej.

W ocenie Izby ta część zarzutu także się nie potwierdziła. W jej ocenie liczba monitorów i procesorów nie stanowi parametru, który oferent był zobowiązany wskazać w kolumnie czwartej OPZ. W przeciwieństwie do wielu innych pozycji OPZ w przypadku pozycji 4 i 14 dotyczących procesorów i monitorów zamawiający w kolumnie czwartej wyraźnie zdefiniował informacje jakie miał podać wykonawca w swojej ofercie. W kolumnie tej dla tych pozycji podany został: producent, model i typ. Wykonawca CT ALFA podał te dane, a bardziej szczegółowe informacje dotyczące w tym przypadku także liczby procesorów i monitorów zostały wskazane w kolumnie trzeciej. Wykonawca CT ALFA poprzez podpisanie formularza ofertowego oraz załącznika nr 1 SIWZ czyli OPZ oświadczył, że oferuje sprzęt zgodny z postanowieniami SIWZ, a w odpowiedzi na złożone wyjaśnienia tylko potwierdził tą okoliczność i w związku z tym nie można tego uznać za niedopuszczalną modyfikację treści oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy oddalić.

W konsekwencji niepotwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, skoro zamawiający dysponuje niepodlegającą odrzuceniu ofertą przystępującego.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 2) lit. a) 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....