

Sygn. akt: KIO 3004/22, KIO 3010/22

WYROK
z dnia 1 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2022 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Wingu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22)** przez wykonawcę **4Towers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3010/22)** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum e-Zdrowia w Warszawie**

przy udziale przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców:

- **IT Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22, KIO 3010/22),**
- **4Towers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22)**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
2. W odwołaniu sygn. akt KIO 3004/22 umarza postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu dotyczącego konsoli.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez obu odwołujących tytułem wpisu od odwołań

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Centrum e-Zdrowia w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa serwerów” (znak sprawy: WRZ.270.217.2022).

W dniu 14 listopada 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Wingu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22) oraz przez wykonawcę 4Towers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3010/22) zostały wniesione odwołania.

W odwołaniu KIO 3004/22 Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust 1 pkt 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, ponieważ

w ocenie Zamawiającego, treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia: Zamawiający wymagał zaoferowania procesora taktowanego częstotliwością min. 2,25 GHz oraz możliwości zarządzania wszystkimi serwerami z jednej konsoli zarządzającej, czego Odwołujący nie spełnił; zdaniem Odwołującego jednak jego oferta odpowiadała warunkom zamówienia;

2) art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz 17 ust. 2 PZP poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane w odwołaniu,
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach o unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji winno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W sprawie KIO 3004/22 Odwołujący wnosił odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) zaniechaniu przez Zamawiającego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, błędnym uznaniu, że omyłka stanowi istotną zmianę treści oferty i nieuwzględnienia wniosku Wykonawcy w tym zakresie, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP,
- 2) zaniechaniu zwrócenia się przez Zamawiającego do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych oferty, polegających na wyjaśnieniu liczby zaoferowanych kart FC oraz ilości portów w tych kartach, co stanowi naruszenie art. 223 ust 1 ustawy PZP,
- 3) odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu braku zgodności z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta spełniała warunki zamówienia zawarte w dokumentacji postępowania, co stanowi naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP;
- 4) wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IT Solution Factor Sp. z o. o. ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, mimo iż oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo wśród ofert spełniających kryteria zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP;
- 5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo iż stanowiła ona ofertą najkorzystniejszą cenowo wśród ofert spełniających kryteria zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 2 ustawy PZP.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

I. dopuszczenie dowodów z:

- 1) oferty Wykonawcy wraz z wnioskiem z dnia 26 października 2022 r. o dokonanie poprawienia innej omyłki pisarskiej na okoliczność wyjaśnienia przez Wykonawcę, że nastąpiła w ofercie pomyłka nie powodująca jej istotnej zmiany,
- 2) dokumentacji technicznej, oferty handlowej na okoliczność, że zaoferowane przez Wykonawcę karty FC posiadają spełniają wymóg posiadania czterech

portów FC oraz, że serwery typ 2 wyposażone są w ilość kart sieciowych w liczbie 2,

3) opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność tego, że serwery typu 2 spełniają wymogi zamawiającego i posiadają dwie karty FC oraz że karty FC posiadają cztery porty FC,

4) przesłuchania w charakterze świadka M. R., (...) Warszawa, na okoliczność przygotowania oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, w szczególności Serwerów typ 2, które to spełniają wymogi zamawiającego i posiadają 2 karty FC, oraz kart FC posiadających 4 porty FC, uwzględnienia w kalkulacji cenowej tych wymagań przez wykonawcę;

II. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty IT Solution Factor Sp. z o. o., dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania i na rozprawie wnosił o oddalenie obu odwołań, z tym, że uwzględnił jeden z zarzutów odwołania KIO 3004/22 – dotyczący konsoli.

Do postępowania odwoławczego skutecznie zgłosili przystąpienia po stronie Zamawiającego:

- IT Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22, KIO 3010/22),
- 4Towers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 3004/22).

Żaden z przystępujących po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania KIO 3004/22 w części.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołań.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania należy oddalić.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z tejże dokumentacji i na tej podstawie dokonała ustaleń okoliczności faktycznych, będących podstawą rozstrzygnięcia. Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołania KIO 3010/22 o powołanie świadka i przeprowadzenie opinii biegłego na okoliczność, że Odwołujący zaoferował nie jedną, a dwie karty FC – jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia i prowadzące jedynie do przedłużenia postępowania. Izba, na podstawie art. 541 Prawa zamówień publicznych, odmówiła przesłuchania świadka na okoliczność przygotowania oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności serwerów typu WAN, które to spełniają wymogi Zamawiającego i posiadają dwie karty FC oraz kart FC posiadających 4 porty FC, uwzględnienia w kalkulacji cenowej tych wymagań przez wykonawcę. Izba uznała ten dowód za zbędny i nie prowadzący do wyjaśnienia sprawy, a więc jako taki może być uznany za powołany jedynie dla zwłoki. Zdaniem Izby, dowód z przesłuchania świadka nie może potwierdzić zgodności oferty z warunkami zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym i zgodność oferty z warunkami zamówienia jest oceniana na podstawie dokumentów. Na tej samej podstawie Izba oddaliła wniosek dowodowy z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność tego, że serwery typu 2 spełniają wymogi zamawiającego i posiadają dwie karty FC oraz że karty FC posiadają cztery porty FC. W ocenie Izby właściwości serwera i ilość portów karty FC nie była sporna, sporna była tylko ilość kart FC zaoferowana przez Odwołującego.

Sygn. akt KIO 3004/22

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem postępowania jest dostawa serwerów: typu 1 w liczbie 12 sztuk oraz typu 2 w liczbie 10 sztuk. Niezgodność oferty Odwołującego dotyczy spełnienia wymagań OPZ przez serwery typu 2. Zamawiający wymagał „procesora taktowanego częstotliwością min. 2,25 GHz”. Odwołujący zaoferował procesor AMD EPYC 7713 o następujących parametrach: 2,00 GHz częstotliwość taktowania bazowa, 3,67 GHz częstotliwość taktowania w trybie turbo. Odwołujący argumentował, że skoro Zamawiający w specyfikacji nie wskazał wyraźnie przy wymogu określającym minimalną częstotliwość taktowania, że ma być to częstotliwość bazowa, to jeżeli

procesor osiąga w trybie turbo częstotliwość 3,67 GHz, a więc wyższą od wymaganej minimalnej, to odpowiada warunkom zamówienia.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Izba nie zgodziła się z stanowiskiem Odwołującego.

Strony generalnie zgadzały się co do tego, co jest nazywane częstotliwością bazową, a co częstotliwością osiąganą w trybie turbo. Częstotliwość (taktowania) bazowa to częstotliwość, przy której producent procesora gwarantuje jego stabilną pracę w każdych warunkach, natomiast tryb turbo pozwala osiągnąć wyższą częstotliwość przy spełnieniu określonych warunków (a więc nie jest to podstawowa częstotliwość, tylko możliwa sporadycznie). Zamawiający wyjaśnił do protokołu, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że częstotliwość bazowa to podstawowa częstotliwość, z jaką pracuje procesor, pozwala na równomierne rozłożenie pracy na wielu rdzeniach, co pomaga w wydajności zarówno obliczeniowej, jak i energetycznej. Funkcja turbo boost natomiast jest funkcją zwiększającą częstotliwość taktowania do ponadstandardowej, jednak procesor nie może jej używać cały czas już choćby z tego powodu, że potrzebna jest wyższa energia, a więc wytwarza większe ciepło.

Zatem częstotliwość podstawowa, bazowa, to średnia częstotliwość taktowania procesora (który może być taktowany z częstotliwością wyższą albo niższą) – występująca przeciętnie, natomiast częstotliwość osiąganą w trybie turbo może wystąpić przy zachowaniu określonych okoliczności.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie można było się zgodzić z interpretacją specyfikacji, jaką prezentował Odwołujący. Rzeczywiście, gdyby rozumieć wymóg Zamawiającego co do minimalnej częstotliwości taktowania literalnie, to procesor osiągający, przy zachowaniu określonych warunków (np. w sytuacji, gdy procesor nie jest w pełni obciążony obliczeniami, w trybie turbo), częstotliwość powyżej 3 GHz, odpowiadałby specyfikacji. Jednak postanowienia specyfikacji należy interpretować tak, jak każde oświadczenie woli – w określonych okolicznościach, w kontekście przedmiotu zamówienia, tu: tak, jak profesjonalny dystrybutor/producent procesorów zrozumiałby wymóg odnośnie częstotliwości taktowania. W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający nie użył określenia „bazowa” przy określeniu parametru częstotliwości taktowania, nie może decydować o dopuszczeniu jako słusznej interpretacji Odwołującego. Zamawiający opisywał w specyfikacji podstawowe wymogi dotyczące procesora – takim podstawowym wymogiem jest częstotliwość taktowania określana jako bazowa. Nie ma żadnych powodów, aby przypuszczać, że

intencją Zamawiającego stawiającego warunek „procesora taktowanego częstotliwością min. 2,25 GHz” było odniesienie się do częstotliwości w trybie turbo, czy jakiegokolwiek innej, niż bazowa, częstotliwości, jaką osiąga procesor.

Częstotliwość taktowania bazowa to podstawowy i najistotniejszy parametr procesora, uwidoczniany przy nazwie handlowej procesora - sam Odwołujący, prezentując w dokumencie „Wynik stawki liczb całkowitych procesora SPEC CPU®2017” wyniki wydajności procesora (załączonym do pisma z dnia 28 listopada 2022 r., złożonym do akt sprawy), podaje identyfikację oferowanego przez siebie procesora w następujący sposób „2,0 GHz, AMD EPYC 7713”. A zatem przy nazwie wskazuje podstawowy parametr procesora – bazową częstotliwość taktowania.

Należy zauważyć, że dokumenty załączone przez Odwołującego do przywołanego pisma – wyniki wydajności zaoferowanego przez niego procesora (2,0 GHz) i procesora, który Zamawiający uznał za zgodne z SIWZ (2,25 GHz), z których wynikało, że oba procesory osiągnęły w teście „CPU min” „na poziomie 1500 MHz”, w ocenie Izby jedynie potwierdzają, że oba procesory mogą pracować z częstotliwością inną (również niższą), niż bazowa. Nie wskazuje to, zdaniem składu orzekającego, na pożądaną przez Odwołującego kierunek interpretacji specyfikacji.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający w specyfikacji wymagał procesora o (bazowej) częstotliwości taktowania min. 2,25 GHz. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było inaczej interpretować wymogu Zamawiającego. Dlatego procesor zaoferowany przez Odwołującego nie spełniał warunków zamówienia, i Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając jego ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia. W konsekwencji nie doszło również do naruszenia innych przepisów, wskazywanych w odwołaniu. W rezultacie uzasadnione było oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 3010/22

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Odwołujący wskazał w Formularzu ofertowym dla serwera typ 2 ilość kart sieciowych FC jako „1”. Tymczasem zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia — tabela dot. wymagań dla serwerów typ 2, Zamawiający wymagał „7.2. Minimum dwie karty FC zapewniające 4 porty FC, każdy port 32Gb z

odpowiednią wkładką SFP+ 32Gb SW.” Dodatkowo, karta ta zapewnia jedynie dwa porty FC.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 26 października 2022 r. wskazując, że nastąpiła omyłka i wnosząc o jej poprawienie przez Zamawiającego. Wykonawca wyjaśnił Zamawiającemu, że w ofercie na str. 5 omyłkowo znalazła się informacja, iż oferowany SERWER TYP 2 wyposażony jest w jedną kartę FC, co stanowi niezgodność z wymaganiem SWZ. W rzeczywistości przedmiotowy serwer wyposażony jest w dwie karty FC, zgodnie z wymaganiem SWZ.

W związku z powyższym, Wykonawca zwrócił się o poprawienie omyłki w ofercie, w następujący sposób: na str. 5 oferty, SERWER TYP 2, w pozycji karta FC w miejsce „szt. 1” powinno znaleźć się sformułowanie „szt. 2”. W ocenie Odwołującego jest to zmiana niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający uznał, że jest to istotna zmiana treści oferty, która nie jest dopuszczalna przepisami Prawa zamówień publicznych, ponieważ polega na zmianie woli wyrażonej w treści Formularza ofertowego, Odwołujący nie zgodził z takim stanowiskiem i wniósł odwołanie.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia. Odwołujący wskazał w ofercie, że oferuje jedną kartę FC, podczas gdy Zamawiający wymagał dwóch kart. Odwołujący domagał się poprawienia „1” na „2”, przy czym nie wywodził, że oczywistość tej omyłki wynika z treści samej oferty, a wnioskował o przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność z zeznań świadka i opinii biegłego. Już same wnioski dowodowe Odwołującego wskazują (jak słusznie zauważał na rozprawie Przystępujący po stronie Zamawiającego), że omyłka w jego ofercie nie mogła być oczywista. Oczywista omyłka to omyłka bezsprzeczna, przy jej stwierdzeniu narzuca się spostrzeżenie, że musi to być niezamierzony błąd, a prawidłowa wersja jest tylko jedna możliwa. „Oczywistość” omyłki należy rozpatrywać każdorazowo, w kontekście danej sytuacji (tu np. można byłoby rozważyć poprawienie omyłki, jeżeli Odwołujący zamiast „2” kart w ofercie wskazałby „2000”). O oczywistości omyłki nie może decydować, że wymóg specyfikacji był inny, niż ilość podana w ofercie – gdyby przyjąć taką interpretację, to każdą niezgodność treści oferty ze specyfikacją należałoby uznać za oczywistą omyłkę. Przedmiotem

zamówienia jest dostawa – i Zamawiający wskazał, ile sztuk określonych urządzeń chce zamówić.

Należy zauważyć, że sam Odwołujący w odwołaniu opisując zdjęcie serwera, podaje, że [dwa] „Porty PCIe, które służą do ewentualnego obsadzenia kartami FC są widoczne z tyłu serwera”. Sam Odwołujący więc dostrzega, że miejsce na karty nie determinuje ilości tych kart – miejsca mogą być „ewentualnie obsadzone”, a więc wolne miejsca na karty mogą, ale nie muszą być wykorzystane maksymalnie. Dlatego zaoferowanie serwera z miejscem na dwie karty FC nie przesądza, że Odwołujący zaoferował właśnie dwie karty, a nie jedną.

W tym kontekście poprawienie ilości zaoferowanych kart FC w trybie zaproponowanych przez Odwołującego nie jest możliwe, a więc odrzucenie jego oferty było zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tym samym, Zamawiający nie naruszył przepisów art. 223 ust. 2 pkt 1 i 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych oraz dalszych podnoszonych w odwołaniu. Nie doszło również do naruszenia art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych: Zamawiający wzywa do wyjaśnień, jeżeli ma wątpliwość odnośnie treści oferty, natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie miał powodów, aby te wątpliwości powziąć, ponieważ oferta była jednoznaczna i niezgodna ze specyfikacją.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....