

Sygn. akt: KIO 2057/14

WYROK
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez **Cezar C. M. i P. G. sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wiślica, ul. Okopowa 8, 28-160 Wiślica**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Cezar C. M. i P. G. sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Cezar C. M. i P. G. sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Cezar C. M. i P. G. sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** na rzecz **Gminy Wiślica, ul. Okopowa 8, 28-160 Wiślica** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2057/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wiślica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadań Operatora Wykonawczego i dostawcy sprzętu komputerowego w ramach Projektu: „Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Wiślica”. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod poz. 220641-2014.

W dniu 3 października 2014 roku odwołujący – Cezar C. M. i P. G. Sp. j. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Toya Sp. z o.o. oraz oferty konsorcjum: Symetra W. W., Econnect Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Toya ze względu na niepotwierdzenie spełnienia przez oferowaną dostawę wymagań Zamawiającego zawartych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Symetra ze względu na niepotwierdzenie spełnienia przez oferowaną dostawę wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ;
3. nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Powyższymi zaniechaniami i czynnościami naruszono następujące przepisy ustawy:

1. art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji;
2. art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 K.c. przez odstąpienie od ogłoszonych warunków przetargu;
3. art. 82 ust. 3 przez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Wykonawcy TOYA oraz treść oferty Konsorcjum SYMETRA odpowiada treści SIWZ;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TOYA oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SYMETRA ;
5. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty Wykonawcy TOYA, a zaniechanie wybrania najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Toya oraz odrzucenie oferty konsorcjum Symetra,
3. powtórzenie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosnie oferty konsorcjum Symetra wskazał, że wykonawca ten zaoferował komputery z systemem Widows 8, natomiast testy zostały wykonane na komputerze z systemem

operacyjnym Windows 7 Professional x64 Service Pack 1, a więc nie w konfiguracji stanowiącej przedmiot oferty. Z uwagi na złożenie tych testów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 września w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które może być wyłącznie jednokrotne, zamawiający winien stwierdzić niepotwierdzenie przez konsorcjum Symetra spełnienia wymagań określonych w siwz i w konsekwencji odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie oferty wykonawcy Toya Sp. z o.o. podniósł, że złożone przez wykonawcę w wyniku autouzupelnienia uprzedniej odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wydruki raportów z przeprowadzonych testów przy wymaganej rozdzielczości min. 1366X768, wskazują, że testy zostały przeprowadzone w dniu 16 września br i na ten dzień potwierdzają spełnianie wymagań, natomiast termin składania ofert upłynął dniu 11 września. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Celem potwierdzenia spełniania atrybutu wydajności zaoferowanych zestawów komputerowych typu A i B zamawiający wymagał, aby „komputer w oferowanej przez Wykonawcę konfiguracji testowany przy rozdzielczości ekranu min. 1366x768 powinien osiągać w teście wydajności SYSMark2012 Office Productivity wynik min. 130 pkt oraz SYSMark2012 System Management wynik min. 125 pkt”. W zakresie atrybutu grafiki zamawiający wymagał, aby „komputer w oferowanej przez Wykonawcę konfiguracji testowany przy rozdzielczości ekranu min. 1366x768 powinien osiągać w teście wydajności SYSMark2012 3D Modeling wynik min. wynik co najmniej 130 pkt”. W obu przypadkach potwierdzeniem spełniania powyższych wymogów był wydruk szczegółowego raportu z przeprowadzonych testów, który należało załączyć do oferty. Zamawiający dopuścił

potwierdzenie spełnienia warunku wydajności dla oferowanego komputera wydrukiem ze strony internetowej <http://bapco.com/results#SYSmark-2012>.

Pismem z dnia 12 września 2014 roku zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Toya Systemy Komputerowe Sp. z o.o. (dalej Toya Sp. z o.o.) do załączenia szczegółowego raportu wraz jego tłumaczeniem potwierdzającego osiągnięcie przez zaoferowane zestawy komputerowe odpowiednich wartości punktowych w terminie do 16 września 2014 roku do godz. 15.00. W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Toya Sp. z o.o. załączył do pisma z dnia 15 września 2014 roku raporty z przeprowadzonych testów, wykonane dnia 7 sierpnia 2014 roku jednak na rozdzielczości innej niż wymagana tj. 1024X768. Z kolei w dniu 16 września 2014 roku wykonawca złożył ponownie wydruki przeprowadzonych testów na rozdzielczości zgodnej z wymaganą przez zamawiającego tj. 1366x768. Na testach tych widnieje „termin realizacji” 16 września 2014 roku.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że przedłożone w dniu 16 września 2014 roku, w wyniku wezwania do uzupełnienia wydruki raportów z przeprowadzonych testów przy wymaganej rozdzielczości 1366X768, których termin realizacji został wskazany na 16 września 2014 roku potwierdzają spełnienie wymagań zamawiającego. Niewątpliwie testy te zostały przedłożone przed upływem wyznaczonego przez zamawiającego terminu na ich uzupełnienie. Zdaniem Izby, sama data przeprowadzenia testów po upływie terminu składania ofert tj. po 11 sierpnia 2014 roku pozostaje bez wpływu na ocenę potwierdzenia spełnienia wymagań co do wydajności oferowanych zestawów komputerowych, z uwagi przede wszystkim na to, że z treści załączonych raportów wynika potwierdzenie spełnienia wymagań nie później niż w dniu składania ofert. Podkreślenia wymaga bowiem fakt, że testy zostały przeprowadzone na identycznej jak zaoferowana przez wykonawcę konfiguracji sprzętu i oprogramowania. Twierdzenia odwołującego, że mogło dojść do zmian konfiguracji w czasie po terminie składania ofert pozostały gołosłowne. Otrzymanie wyników testów jest zależne wyłącznie od konfiguracji danego komputera, która została poddana analizie a sama techniczna data przeprowadzenia testu nie ma znaczenie w kontekście udowodnienia spełnienia wymagań określonych w siwz. Dowodem potwierdzającym tę okoliczność są złożone przez przystępującego Toya wyniki testów sporządzone w kolejnych kilku dniach, w których uzyskano zbliżone wyniki. Ponadto twierdzenie to zostało poparte w złożonym przez NTT System S.A. oświadczeniu z dnia 8 października 2014 roku, gdzie wskazano, że „osiągany przez oferowane w przetargu komputery NTT Business W 977M wynik testu jest niezależny do daty jego przeprowadzenia”.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Symetra W. W. i Econnect Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Symetra) ze względu na niepotwierdzenie spełnienia

przez oferowaną dostawę wymagań zawartych w siwz. Istotnie w raporcie wyników z przeprowadzonych testów widnieje oprogramowanie Windows 7, podczas gdy wykonawca zaferował komputery z systemem Windows 8. Rozbieżności tego rodzaju, nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, jak wskazuje na to w piśmie z dnia 10 października 2-14 roku konsorcjum Symetra z uwagi na to, że raport z przeprowadzonych testów jest wydrukiem sprzętu i oprogramowania, które faktycznie zostało poddane testom. Niewątpliwie zatem testom została poddana inna konfiguracja niż zaferowana przez wykonawcę.

Z uwagi na okoliczność, że uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Symetra, jako oferty która została sklasyfikowana na drugiej pozycji w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania Izba, mając na uwadze dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2,

§ 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: