

WYROK
z dnia 18 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2014 r. przez wykonawcę **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Park Rozwoju Sp. z o.o., ul. Dembowskiego 2, 32-020 Wieliczka,**

przy udziale wykonawcy **NKK System N....., K....., K..... Spółka jawna, ul. Tatarska 5, 30-103 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** na rzecz **Powiatowego Parku Rozwoju Sp. z o.o., ul. Dembowskiego 2, 32-020 Wieliczka** kwotę **330 zł 00 gr** (słownie: trzysta trzydzieści złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z dojazdem na posiedzenie.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Zakup wraz z dostawą sprzętu komputerowego, akcesorii, urządzeń peryferyjnych i multimedialnych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 stycznia 2014 roku pod numerem 5754 – 2014.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z wymaganiami zawartymi w specyfikacji technicznej. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że „*Wykonawca załączył do oferty formularz asortymentowo-cenowy, gdzie z opisu w poz. 3 wynika, że zaoferowana karta graficzna w teście Passmark G3D Mark wynik 464 pkt. a nie jak tego wymagał Zamawiający 470 pkt.*”

Tymczasem, Odwołujący zwrócił uwagę, że w sposób jasny oświadczył, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w analizowanym punkcie nr 3 w sposób zgodny z wymogami SIWZ, tj. zaoferował kartę graficzną Intel HD 4000, która zgodnie z publikacjami na stronie http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php umożliwia uzyskanie w teście Passmark G3D Mark wyniku 470 pkt.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, wyjaśnień, z których mogłoby wynikać na jakiej podstawie stwierdził, że proponowana krata graficzna posiada akurat 464 punkty, a nie minimum 470 punktów jak deklarował Odwołujący w wymaganym teście.

Zdaniem Odwołującego, poczynione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu ustalenia należy uznać za błędne, bowiem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, potwierdzonym przez sądy powszechne, użyte przez ustawodawcę w

treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania umowy oraz najkorzystniejszej w sensie materialnym, wskazanym w art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp, tj. najkorzystniejszej według kryteriów wskazanych w SIWZ.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający oparł odrzucenie oferty Odwołującego na bliżej nieokreślonym materiale poglądowym, na podstawie którego Zamawiający stwierdził, że oferowana karta graficzna w punkcie nr 3 posiada w wymaganym teście 464 punkty a nie 470 których wymagał. Zgodnie z oświadczeniem woli Odwołującego, zawartym w ofercie, czyli jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia (treścią oferty), potwierdzonym parametrami minimalnymi w formularzu ofertowym, Odwołujący zaoferował kartę spełniającą minimalne wymagania SIWZ, tj. taką, która zgodnie z publikacjami na stronie http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php umożliwia uzyskanie w teście Passmark G3D Mark wyniku 470 pkt.

Zamawiający na potwierdzenie faktu spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia, w tym wypadku kartę graficzną, nie wymagał załączenia żadnych dodatkowych dokumentów, zgodnie z wymogami SIWZ, poza oświadczeniem woli wykonawcy. Tym samym, w opinii Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia należy uznać za bezpodstawne i dodatkowo za nieudowodnione, choć na Zamawiającego obowiązek udowodnienia został nałożony.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z utartą linią orzecznictwa, sposób oceny spełnienia warunków przedmiotowych przez zaoferowany przedmiot zamówienia powinien wyraźnie wynikać z postanowień SIWZ, co w niniejszym stanie faktycznym nie zostało przez Zamawiającego dopełnione. Wynik testu publikowany na wskazanej przez Zamawiającego stronie internetowej (http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php) jest średnią statystyczną kilkuset rejestrowanych przez użytkowników testów poszczególnych kart graficznych, które są różne w zależności od innych parametrów maszyny. Ponadto, dodatkowe publikacje każdego testu dla poszczególnych kart graficznych mogą pojawiać się w każdym momencie i zmieniać tę średnią. Zamawiający nie określił jasnych zasad oceny tego wymogu. W związku z powyższym załączony do odwołania wydruk publikacji z ww.

strony, pochodzący sprzed terminu składania ofert należy uznać za potwierdzający spełnienie wymagań a ofertę Odwołującego za zgodną z wymogami SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca składając podpis pod ofertą składa jednocześnie oświadczenie, że oferowany przez niego sprzęt komputerowy spełnia parametry techniczne i jakościowe, określone przez Zamawiającego. Niedopuszczalne jest, aby oceniać ofertę na podstawie bliżej nieokreślonych informacji, w szczególności, że Zamawiający nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na to, iż oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oferta przygotowana przez Odwołującego zawierała produkty dokładnie odzwierciedlające parametry, jakie Zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co było potwierdzone opisem technicznym zaoferowanych wyrobów. Uznanie przez Zamawiającego oferty za niezgodną z wymogami, podczas gdy nie jest on przekonany o jej treści, kłóci się z wykładnią prawa, logiką, a także zdrowym rozsądkiem, tym bardziej, że Zamawiający nie może interpretować żadnych niejasności na niekorzyść wykonawcy, a jednak Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego uznając ją za merytorycznie niezgodną ze specyfikacją. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje uprawnień do samowolnego weryfikowania prawidłowości ofert w oparciu o dokumenty/informacje pochodzące z innych źródeł niż oferta.

Co do zasady, uwzględniając okoliczności złożenia oferty, należy przyjąć, iż wolą wykonawcy jest wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.). Oferta nie jest więc oświadczeniem woli złożonym w sferze abstrakcyjnej. Jest to oświadczenie złożone w określonych okolicznościach i celu. Jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W SIWZ (załącznik H poz. 3) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, wskazując, że komputer klasy miniPC musi być wyposażony w karta graficzną, która charakteryzuje się następującymi parametrami: port HDMI, rozdzielczość: 1920x1080px, osiągająca w teście Passmark G3D Mark wynik min. 470 pkt. dostępny na stronie http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php. Wykonawcy nie mieli obowiązku potwierdzać spełniania wymogów określonych przez Zamawiającego dokumentami.

Odwołujący zaoferował kartę graficzną Intel HD 4000. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Odwołujący złożył w treści oferty oświadczenie, że oferuje wykonanie przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, zaś w formularzu asortymentowo-cenowym potwierdził, że karta graficzna charakteryzuje się żadanymi przez Zamawiającego parametrami.

Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że *„Wykonawca załączył do oferty formularz asortymentowo-cenowy, gdzie z opisu z poz. 3 wynika, że zaoferowana karta graficzna w teście Passmark G3D Mark wynik 464 pkt. a nie jak tego wymagał Zamawiający 470 pkt.”*

Izba ustaliła, na podstawie wydruków przedłożonych przez Odwołującego, a pochodzących ze strony internetowej http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php, że w teście Passmark G3D Mark sporna karta graficzna osiągnęła wynik w dniu 23 kwietnia 2013 r. na poziomie 479 pkt, zaś w dniu 29 kwietnia 2013 r. na poziomie 478 pkt, a w dniu 17 lutego 2014 r. – 457 pkt. Zaś, dokonując oględzin wskazanych przez Zamawiającego stron internetowych, Izba ustaliła, że w dniu 23 maja 2013 r. wynik w powołanym teście wynosił 479 pkt, w dniach 1, 3 i 17 czerwca oraz 5 sierpnia 2013 r. kształtował się na poziomie 465 pkt, zaś 8 sierpnia 2013 r. wynosił 464 pkt, natomiast 5 grudnia 2013 r. karta osiągnęła wynik 459 pkt. W dniu 2 stycznia 2014 r. i 13 stycznia 2014 r. wynik ten plasował się na poziomie 457 pkt (wydruki ze stron internetowych przedłożone przez Zamawiającego). Jednocześnie na podstawie przedłożonych materiałów Izba ustaliła, że test Passmark jest narzędziem do testowania istotnych elementów komputera min. karty graficznej przez użytkowników. Wynik z danego dnia stanowi średnią wyników badań prowadzonych przez użytkowników.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp formułuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, w której jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że przesłanka ta aktualizuje się w przypadku stwierdzenia niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w SIWZ.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu brak podstaw do odrzucenia jego oferty wywodzi przede wszystkim z faktu, że w treści oferty zawarł oświadczenie, że oferuje sprzęt wymagany przez Zamawiającego oraz, iż wolą Wykonawcy jest złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu. Stanowisko Odwołującego mogłoby zyskać akceptację w sytuacji, w której oświadczenia Odwołującego wytrzymałyby konfrontację z materiałem dowodowym i ustaleniami poczynionymi na jego podstawie. Zauważyć bowiem należy, iż

jakkolwiek Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą dokumentów w celu potwierdzenia wymagań Zamawiającego przez oferowane dostawy, to w treści SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, na jakim poziomie oczekuje wydajności karty graficznej oraz na jakiej podstawie wydajność tę należy ustalać. Odwołanie się do wyników określonego testu dało zarówno wykonawcom, jaki i Zamawiającemu możliwość weryfikacji spornego parametru. Zatem, za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, że brak obowiązku przedłożenia dokumentów na okoliczność spełniania wymagań Zamawiającego powoduje w istocie, że dla oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego rozstrzygające znaczenie mają jedynie oświadczenia złożone przez Odwołującego. Skoro Zamawiający określił narzędzie, przy pomocy którego będzie weryfikował wydajność zaoferowanej karty graficznej, to brak podstaw do odmowy Zamawiającemu możliwości korzystania z rzeczono instrumentu (testu) w celu weryfikacji przedmiotu zamówienia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający dostrzegając niespełnianie wymagań Zamawiającego przez oferowane dostawy nie ma możliwości wyciągnięcia skutków wobec powyższego z tej przyczyny, że Odwołujący oświadczył, że zaoferował przedmiot zamówienia wymagany przez Zamawiającego. Oczywistym jest, z uwagi na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że zamawiającemu przysługuje uprawnienie do weryfikacji oświadczeń wykonawców.

W ocenie Izby, określenie przez Zamawiającego wymogów, co do wydajności karty graficznej na określonym poziomie, w powołaniu na wskazany test, nawet bez określenia przedziału czasowego wyników testu, nie daje podstaw do przyjęcia, że ocena wydajności karty graficznej może być dokonywana na podstawie danych historycznych. Istota tego rodzaju testów polega na bieżącej ocenie danego parametru przez użytkowników biorących udział w teście, z uwzględnieniem zmieniających się rozwiązań technologicznych. Ustalenia Izby wyraźnie pokazują, że im dłużej karta jest na rynku tym sporny parametr osiąga niższe wyniki, a więc charakteryzuje się gorszą wydajnością. Biorąc zaś pod uwagę, że termin składania ofert przypadał na początek roku 2014 to oczywistym jest, że należało zaoferować dostawę spełniającą wymogi Zamawiającego na dzień złożenia oferty. Odwołujący zaś skonstruował ofertę w odniesieniu do karty graficznej w oparciu o dane z kwietnia 2013 r., co oznacza, że nie miał podstaw do złożenia w treści oferty oświadczenia o spełnianiu wymagań Zamawiającego, skoro te dane były już nieaktualne.

Co do argumentu Odwołującego, że z treści SIWZ nie wynika, że dla weryfikacji należy przyjąć wynik, który stanowi wynik średniej z badań, wskazać należy, iż istotą tego testu i każdego rodzaju testu, w którym poddaje się ocenie określony parametr jest konieczność przeprowadzenia określonej ilości prób w celu uzyskania miarodajnego wyniku. Nie inaczej jest w przypadku testu, na który powołał się Zamawiający, bowiem poszczególni

użytkownicy wykonują próby, minimalna ilość tych prób nie jest określona, i suma tych prób stanowi podstawę do określenia wyniku (średniej arytmetycznej). W tych okolicznościach za absolutnie nieuprawnione należy uznać twierdzenie Odwołującego, że wynik jednej próby winien stanowić o pozytywnej weryfikacji spornego parametru. Z całą mocą należy bowiem podkreślić, że wynik próby (badania) nie stanowi wyniku testu. Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego odwoływanie się do przedmiotowego testu byłoby zbędne, bowiem za wystarczające należałoby uznać przeprowadzenie próby chociażby przez samego Odwołującego.

W ocenie Izby, dla wykonawców będących profesjonalnymi uczestnikami rynku informatycznego powołanie się przez Zamawiającego na test Passmark G3D Mark dla określenia wydajności karty graficznej nie powinno budzić wątpliwości. Mając na uwadze sposób, częstotliwość przeprowadzania przedmiotowego testu a także sposób prezentacji jego wyników nie ulega wątpliwości, że dany parametr określają aktualne wyniki testu. Co więcej, należy zauważyć, że zasada ta ma charakter uniwersalny. Zaś, metodyka uzyskiwania wyniku końcowego wskazuje, że stanowi on obraz wykonywanych prób (ocen) w tym przedmiocie. Zatem, brak podstaw do przyjęcia, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny sformułował swoje wymogi. W opinii Izby, to Odwołujący domaga się interpretacji SIWZ w sposób przeczący racjonalności Zamawiającego i istocie narzędzi, w oparciu o które następuje weryfikacja parametrów. Jednakże takie działania Odwołującego nie zasługują na ochronę.

Wskazywanie zaś przez Odwołującego, że Zamawiający winien w sposób bardziej szczegółowy określić swoje wymagania oraz powoływanie się na okoliczność, że Odwołujący nie ma wpływu na wyniki testu, ilość osób biorących udział w badaniu i sprzęt, który jest do tych badań używany należy uznać za formułowanie zarzutów względem postanowień SIWZ, które jako podniesione po terminie (art. 182 ust. 2 ustawy Pzp) nie podlegają rozpoznaniu.

W tym miejscu należy zauważyć, że skoro Odwołujący zaakceptował treść SIWZ i zgodził się na dokonywanie oceny w oparciu o powołany test to na obecnym etapie postępowania nie może domagać się pominięcia okoliczności, których wcześniej nie kwestionował.

Formułowane zaś przez Odwołującego na rozprawie zarzuty co do niedostatecznego uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niewartykułowane w odwołaniu nie podlegają ocenie (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie w kwocie 330,00 zł.

Przewodniczący: